

Die kantonalen Grundrechtsgarantien und ihr Verhältnis zum Bundesrecht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
MARTIN KURER
von Berneck SG

1987

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Walter Haller

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich



Die kantonalen Grundrechtsgarantien und ihr Verhältniss zum Bundesrecht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
MARTIN KURER
von Berneck SG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Walter Haller

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

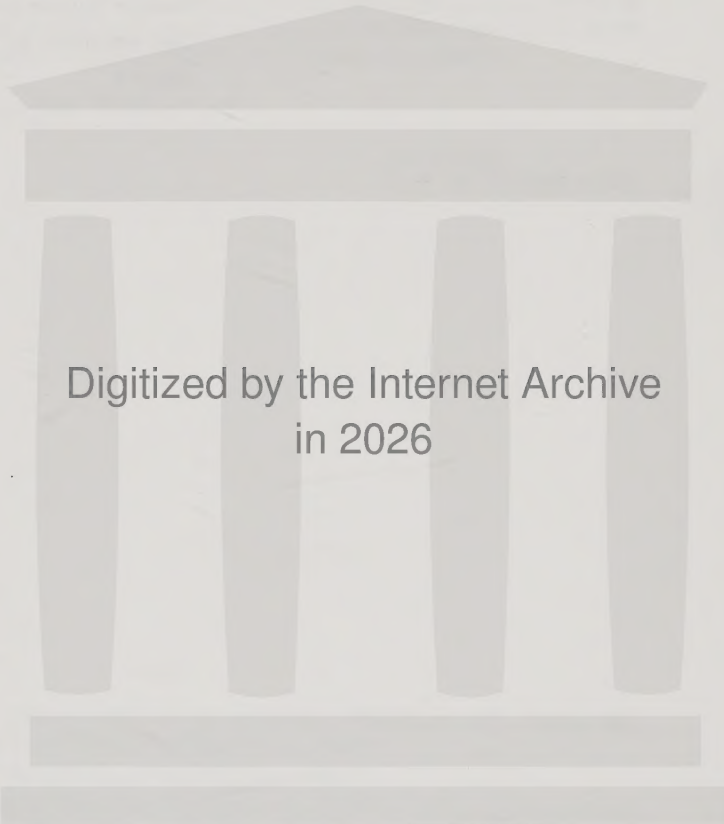
Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 18. Februar 1987

Der Dekan:
Prof. Dr. Claudio Soliva

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Band 68 der Reihe
Zürcher Studien zum öffentlichen Recht
Herausgegeben von Mitgliedern der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich

Meiner Mutter und
dem Andenken meines
Vaters



Digitized by the Internet Archive
in 2026

VORWORT

Die kantonalen Grundrechtsgarantien haben längere Zeit ein ziemlich unbeachtetes Dasein gefristet. Dies änderte sich, als in den sechziger Jahren die Verfassung für ein wiedervereinigtes Basel zu schaffen war (das Projekt scheiterte allerdings), und vor allem als in den siebziger Jahren die Totalrevision der Verfassung des Kantons Aargau und die Verwirklichung der Verfassung für den neuen Kanton Jura in Angriff genommen wurden. Es sind diese Verfassungen, und vor allem die darin vorgenommenen Neuerungen, welche mich zu dieser Arbeit inspiriert haben. Die Verfassung des Kantons Aargau wurde von Kurt Eichenberger im gleichnamigen Werk kommentiert. Dieses Werk ist nach der Niederschrift dieser Arbeit erschienen und wurde an einzelnen Orten – soweit möglich – berücksichtigt.

Herrn Prof. Dr. Walter Haller möchte ich für die wertvollen Anregungen und Hinweise danken. Mein Dank geht auch an die Staatskanzleien, welche mich bei der Suche nach Informationen unterstützt haben, insbesondere an die Staatskanzleien der Kantone Aargau und Jura. Grosszügige Unterstützung erhielt ich sodann von der Kanzlei der Bundesversammlung, insbesondere von Frau Wallimann. Zu danken habe ich sodann Herrn lic. iur. Alexander Lecki und Herrn lic. iur. Felix Tobler für die Durchsicht und die wertvollen Hinweise sowie Frau Barbara Bossart für die saubere Niederschrift des Manuskriptes.

INHALTSÜBERSICHT

	Seite
Einleitung: Grundsätzliches zur Terminologie und zum Umfang der Arbeit	1
1. Kapitel	
Entwicklung der Grundrechte und des Grundrechtsverständnisses	2
1. Entwicklung der Grundrechte	2
1.1 In den Kantonen	2
1.2 Entwicklung der Grundrechte in der Bundesverfassung	17
2. Entwicklung des Grundrechtsverständnisses	32
2. Kapitel	
Inhaltsbestimmung der kantonalen Grundrechtsnormen im Hinblick auf mögliche Konfliktsituationen	37
1. Beziehungen der Grundrechte untereinander	37
2. Der Inhalt der einzelnen Grundrechte	41
2.2 Allgemeine Freiheitsgarantie und allgemeine Beschränkungsvoraussetzungen	43
2.3 Freiheitsrechte	51
2.4 Das konstitutive Element der Freiheitsrechte	97
2.5 Sozialrechte	108
3. Kapitel	
Die rechtliche Geltung der kantonalen Grundrechtsgarantien	118
1. Blick über die Grenzen	118
2. Grundsätzliches zur Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen	124
2.1 Vorbemerkung	124
2.2 Rechtsquellen	125
2.3 Normkonkurrenzen	130
2.4 Eine allgemeine Kompetenz der Kantone zum Erlass von Grundrechtsnormen?	139
2.5 Abwehraspekt der Freiheitsrechte	142
2.6 Leistungs- und Schutzansprüche aus Freiheitsrechten	150
2.7 Einwirkung der Grundrechte auf das Verhältnis Bürger/Bürger	152
2.8 Anordnung der grundrechtskonformen Auslegung des öffentlichen Rechts	156
2.9 Sozialrechte	157
3. Praxis der Bundesversammlung bei der Überprüfung der kantonalen Verfassungen	163
ZUSAMMENFASSUNG UND SCHLUSSWORT	176

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Vorwort	II
Inhaltsübersicht	III
Literaturverzeichnis	XII
Abkürzungsverzeichnis	XXV
 Einleitung: Grundsätzliches zur Terminologie und zum Umfang der Arbeit	 1
 1. KAPITEL	
Entwicklung der Grundrechte und des Grundrechts- verständnisses	2
 Vorbemerkung	
 1. Entwicklung der Grundrechte	2
1.1 In den Kantonen	2
1.1.1 Teilrevisionen	3
1.1.1.1 Persönliche Freiheit	3
1.1.1.2 Hausrecht	4
1.1.1.3 Glaubens- und Gewissensfreiheit	4
1.1.1.4 Pressefreiheit	5
1.1.1.5 Vereinsfreiheit	6
1.1.1.6 Eigentumsgarantie	6
1.1.1.7 Niederlassungsfreiheit	6
1.1.1.8 Sprachenfreiheit	7
1.1.1.9 Bildungswesen	7
1.1.2 Weiterbildung durch die Gerichtspraxis	8
1.1.2.1 Persönliche Freiheit	9
1.1.2.2 Eigentumsgarantie	10
1.1.2.3 Grundrechtsqualität von Verfassungsnormen	10
1.1.2.4 Anerkennung ungeschriebener Grundrechte in den Kantonsverfassungen	11
1.1.3 Totalrevisionen und Kantonsverfassung Jura	12
1.1.3.1 Totalrevisionen	12
1.1.3.2 Verfassung des Kantons Jura	15

1.2	Entwicklung der Grundrechte in der Bundesverfassung	17
1.2.1	Teilrevisionen	17
1.2.1.1	Wirtschaftsartikel und Handels- und Gewerbebefreiheit	17
1.2.1.2	Eigentumsgarantie	18
1.2.1.3	Niederlassungsfreiheit	19
1.2.1.4	Pressefreiheit	19
1.2.1.5	Glaubens-, Gewissens- und Kultusfreiheit	19
1.2.1.6	Recht auf Arbeit	20
1.2.1.7	Recht auf Wohnung	20
1.2.1.8	Recht auf Bildung	20
1.2.1.9	Drittwirkung der Grundrechte	21
1.2.2	Weiterentwicklung der Grundrechte durch das Bundesgericht	21
1.2.2.1	Vorbemerkung	21
1.2.2.2	Das Vorgehen bei der Rechtsfindung aus Verfassungsnormen/Begriffe	22
1.2.2.2.1.	Auslegung	24
1.2.2.2.2.	Konkretisierung	25
1.2.2.3	Ergebnisse	27
1.2.2.3.1	Anerkennung von ungeschriebenen Grundrechten	27
1.2.2.3.2	Weiterbildung der Grundrechte	28
1.2.2.3.3	Die These von Giacometti	28
1.2.3	Die Europäische Menschenrechtskonvention	30
2.	Die Entwicklung des Grundrechtsverständnisses	32
	Vorbemerkung	32
2.1	Defensives resp. negatorisches oder konstitutives Grundrechtsverständnis?	32
2.2	Die Freiheitsrechte im Verhältnis Bürger/Staat	33
2.3	Die Freiheitsrechte im Verhältnis Bürger/Bürger	34
2.	KAPITEL	
	Inhaltsbestimmung der kantonalen Grundrechtsnormen im Hinblick auf mögliche Konfliktsituationen	37

Vorbemerkung	37
1. Beziehungen der Grundrechte untereinander, Klärung der Begriffe und Situationen	37
1.1 Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen	37
1.2 Terminologie des Bundesgerichtes	38
1.3 Die in dieser Arbeit verwendete Terminologie und die möglichen Situationen	39
2. Der Inhalt der einzelnen Grundrechte	41
2.1 Vorbemerkung	41
2.2 Allgemeine Freiheitsgarantie und allgemeine Beschränkungsvoraussetzungen	43
2.2.1 Allgemeine Freiheitsgarantie	43
2.2.2 Allgemeine Beschränkungsvoraussetzungen	45
2.3 Freiheitsrechte	51
2.3.1 Die persönliche Freiheit	51
2.3.1.1 Garantie in der Bundesverfassung	51
2.3.1.2 Garantien in den kantonalen Verfassungen	52
2.3.1.3 Schrankendivergenzen	56
2.3.2 Hausrecht	58
2.3.2.1 Garantie in der Bundesverfassung	58
2.3.2.2 Garantien in den Kantonsverfassungen	58
2.3.2.3 Schranken	59
2.3.3 Meinungsäusserungsfreiheit	60
2.3.3.1 Garantie in der Bundesverfassung	60
2.3.3.2 Garantien in den Kantonsverfassungen	61
2.3.3.3 Schranken	62
2.3.4 Pressefreiheit	64
2.3.4.1 Garantie in der Bundesverfassung	64
2.3.4.2 Garantien in den Kantonsverfassungen	65
2.3.4.3 Schranken	65
2.3.5 Informationsfreiheit	66
2.3.5.1 Garantie in der Bundesverfassung	66
2.3.5.2 Garantien in den Kantonsverfassungen	67

2.3.6	Kunstfreiheit	67
2.3.6.1	Garantie in der Bundesverfassung	67
2.3.6.2	Garantien in den Kantonsverfassungen	68
2.3.6.3	Schranken	69
2.3.7	Lehr- und Forschungsfreiheit, Unterrichtsfreiheit	70
2.3.7.1	Garantie in der Bundesverfassung	70
2.3.7.2	Garantien in den Kantonsverfassungen	70
2.3.7.3	Schranken	71
2.3.8	Glaubens- und Gewissensfreiheit	72
2.3.8.1	Garantie in der Bundesverfassung	72
2.3.8.2	Garantien in den Kantonsverfassungen	73
2.3.8.3	Schranken	74
2.3.9	Kultusfreiheit	75
2.3.9.1	Garantie in der Bundesverfassung	75
2.3.9.2	Garantien in den Kantonsverfassungen	75
2.3.9.3	Schranken	75
2.3.10	Vereinsfreiheit	76
2.3.10.1	Garantie in der Bundesverfassung	76
2.3.10.2	Garantien in den Kantonsverfassungen	77
2.3.10.3	Schranken	78
2.3.11	Versammlungsfreiheit	79
2.3.11.1	Garantie in der Bundesverfassung	79
2.3.11.2	Garantien in den Kantonsverfassungen	79
2.3.11.3	Schranken	80
2.3.12	Handels- und Gewerbefreiheit	82
2.3.12.1	Garantie in der Bundesverfassung	82
2.3.12.2	Garantien in den Kantonsverfassungen	83
2.3.12.3	Schranken	84
2.3.13	Eigentumsgarantie	87
2.3.13.1	Garantie in der Bundesverfassung	87
2.3.13.2	Garantien in den Kantonsverfassungen	88
2.3.13.3	Schranken	90
2.3.14	Niederlassungsfreiheit	93
2.3.14.1	Garantie in der Bundesverfassung	93
2.3.14.2	Garantien in den Kantonsverfassungen	93
2.3.14.3	Schranken	94



2.3.15 Weitere Freiheitsrechte	95
2.3.15.1 Ehefreiheit und Recht auf Familie	95
2.3.15.2 Sprachenfreiheit	96
2.4 Das konstitutive Element der Freiheitsrechte	97
2.4.1 Drittwirkung	97
2.4.1.1 In der Bundesverfassung	97
2.4.1.2 In den kantonalen Verfassungen	100
2.4.1.2.1 Aargau	100
2.4.1.2.2 Jura	102
2.4.1.2.3 Basel-Landschaft	103
2.4.1.2.4 Solothurn	104
2.4.1.2.5 Uri	104
2.4.1.2.6 Zusammenfassung und Divergenzen	105
2.4.2 Leistungs- und Schutzansprüche aus Freiheitsrechten	105
2.4.2.1 In der Bundesverfassung	105
2.4.2.2 In den Kantonsverfassungen	107
2.5 Sozialrechte	108
2.5.1 Grundsätzliches	108
2.5.2 In der Bundesverfassung	109
2.5.3 In den Kantonsverfassungen	110
2.5.3.1 Recht auf Arbeit	110
2.5.3.2 Recht auf Wohnung	112
2.5.3.3 Sozialrechte im Bildungswesen	113
2.5.3.4 Unentgeltliche Rechtspflege	115
2.5.3.5 Garantie des Existenzminimums	116
 3. KAPITEL	
Die rechtliche Geltung der kantonalen Grundrechts- garantien	118
 1. Blick über die Grenzen	118
1.1 Vereinigte Staaten von Amerika	118
1.2 Bundesrepublik Deutschland	121

2. Grundsätzliches zur Kompetenzverteilung zwischen	
Bund und Kantonen	124
2.1 Vorbemerkung	124
2.2 Rechtsquelle	125
2.2.1 Art. 3 BV als Grundlage für die Kompetenz-	
ausscheidung	126
2.2.2 Kompetenzwidrig erlassenes kantonales Recht	129
2.3 Normkonkurrenzen	130
2.3.1 Begriff	130
2.3.2 Normkonkurrenz und Kompetenzkonkurrenz	130
2.3.3 Fälle, in denen eine Normkonkurrenz nicht	
zugleich eine Kompetenzkonkurrenz darstellt	132
2.3.3.1 Art. 64 BV und Art. 6 ZGB	132
2.3.3.1.1 Grundsätzliches	132
2.3.3.1.2 Die Abgrenzung von öffentlichem	
und privatem Recht	133
2.3.3.1.3 Widerspruch zu Bundesrecht	136
2.3.3.1.4 Keine abschliessende Regelung	
durch das Bundesrecht	137
2.3.3.1.5 Sanktion: Bundesrecht bricht	
kantonales Recht	137
2.3.3.2 Kantonales Recht und Staatsver-	
tragsrecht	137
2.4 Eine allgemeine Kompetenz der Kantone zum	
Erlass von Grundrechtsnormen?	139
2.5 Abwehraspekt der Freiheitsrechte	142
2.5.1 Wiederholende Garantien	142
2.5.1.1 Fälle	142
2.5.1.2 Rechtliche Geltung	142
2.5.2 Kantonale Freiheitsrechte, die ein "Weniger"	
an Freiheit garantieren	145
2.5.2.1 Fälle	145
2.5.2.2 Rechtliche Geltung	145

2.5.3	Kantonale Freiheitsrechte, die ein "Mehr"	
	an Freiheit garantieren	146
2.5.3.1	Fälle	146
2.5.3.2	Rechtliche Geltung	146
2.5.4	Beschränkungsvoraussetzungen	148
2.5.4.1	Fälle	148
2.5.4.2	Rechtliche Folgen	149
2.6	Leistungs- und Schutzansprüche aus Freiheitsrechten	150
2.6.1	Übereinstimmende Normierungen	150
2.6.2	Kantonale Garantien, die ein "Weniger" an	
	Leistung oder Schutz gewähren	151
2.6.3	Kantonale Garantien, die ein "Mehr" an	
	Leistung oder Schutz gewähren	151
2.6.3.1	Fälle	151
2.6.3.2	Rechtliche Geltung	151
2.7	Einwirkung der Grundrechte auf das Verhältnis	
	Bürger/Bürger	152
2.7.1	Fälle	152
2.7.2	Rechtliche Geltung	152
2.7.2.1	Direkte Einwirkung	152
2.7.2.2	Die Anordnung der Einwirkung im	
	Sinne einer Auslegungsregel	
	und zur Lückenfüllung	154
2.7.2.3	Verwirklichung der Grundrechte als	
	Auftrag an den Gesetzgeber	156
2.8	Die Anordnung der grundrechtskonformen Auslegung	
	des öffentlichen Rechts	156
2.8.1	Fälle	156
2.8.2	Rechtliche Geltung	156
2.9	Sozialrechte	157
2.9.1	Fälle	157
2.9.2	Rechtliche Geltung	157
2.9.2.1	Sozialrechte im Bildungswesen und in	
	der Rechtspflege	157

2.9.2.2	Existenzsicherung	159
2.9.2.3	Recht auf Arbeit, Recht auf Wohnung	161
3.	Praxis der Bundesversammlung bei der Überprüfung der kantonalen Verfassungen	163
3.1	Vorbemerkung	163
3.2	Grundlagen	163
3.3	Heutige Praxis, dargestellt an den Beispielen JU 14, 22 und AG 7	166
3.3.1	Grundsätzliches	166
3.3.2	Die verfassungs- resp. bundesrechtskonforme Auslegung von JU 14, 19, 22 und AG 7	167
3.3.2.1	Problematik der Anlehnung an die Praxis des BGer	167
3.3.2.2	Vergleich mit der Praxis des BGer	169
3.3.2.3	Grenzen der verfassungskonformen Aus- legung bei der abstrakten Normenkontrolle	171
3.3.3	Fazit	173
	ZUSAMMENFASSUNG UND SCHLUSSWORT	176

LITERATURVERZEICHNIS

Aargau, Verfassung des Kantons

Bericht des Redaktors und der Redaktionskommission über
den Entwurf vom Februar 1976 der Verfassung des Kantons
Aargau, Aarau 1976
zit.: Bericht I

Entwurf vom 4. Februar 1976
zit.: Entwurf

Bericht zur Vorlage der 2. Beratung, Aarau 1978
zit.: Bericht II

Schlussbericht der Sachkommission 1: Rechte und Pflichten
des Einzelnen
zit.: Schlussbericht der Sachkommission

Verhandlungen des Verfassungsrates des Kantons Aargau,
28.4.1973-25. Juni 1980
zit.: Verhandlungen

Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens, Aarau 1977
zit.: Bericht III

Abraham, Henry J.: Freedom and the Court, 4. A. New York 1982
zit.: Abraham

Aeppli, Viktor: Grundrechte und Privatrecht, Diss. Freiburg 1980

Aubert, Jean-François: Traité de droit constitutionnel, Neuchâtel 1967,
sowie Supplément 1967-1982, Neuchâtel 1982
zit.: Aubert, Traité resp. Aubert, Traité, Suppl.

ders. La garantie constitutionnelle des droits fondamentaux et le
législateur, in: Festschrift Eichenberger,
Basel/Frankfurt a.M. 1982, S. 161 ff.

Auer, Andreas: Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit (deutsche
Übersetzung von Nanni Rojas), Basel/Frankfurt a.M. 1984

Bäggli, Susanne: Die Kunstfreiheitsgarantie in der Schweiz, Diss.
Zürich 1974
zit.: Bäggli

Basel-Landschaft: Begleitbericht zum Verfassungsentwurf 1982,
Liestal 1982
zit.: Begleitbericht

Bäumlin, Richard: Lebendige oder gebändigte Demokratie? Demokratisierung,
Verfassung und Verfassungsrevision, Basel 1978

- Beausire, Pierre: La constitution genèvoise et ses modifications annotées,
Genf 1979
- Benz, Christian: Die Kodifikation der Sozialrechte, Zürich 1973
zit.: Benz
- Berg, Wilfried: Konkurrenzen schrankendivergierender Freiheitsrechte im
Grundrechtsabschnitt des Grundgesetzes,
Berlin/Frankfurt a.M. 1968
zit.: Berg
- Bernheimer, Ruth: Der Begriff und die Subjekte der verfassungsmässigen
Rechte nach der Praxis des Bundesgerichtes, Diss. Zürich
1930
- Bethge, Herbert: Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, München 1977
- Bleckmann, Albert: Allgemeine Grundrechtslehren, Köln/Bonn/Berlin/München
1979
zit.: Bleckmann
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Grundrechtstheorie und Grundrechts-
interpretation, in: Staat, Gesellschaft, Freiheit,
Frankfurt a.M. 1976, S. 221 ff.
- Borner, Silvio: Wirtschafts-, Sozial- und Eigentumsordnung im Verfassungs-
entwurf. Ein Diskussionsbeitrag aus ökonomischer Sicht,
in: ZSR NF 98 (1979) I, S. 463 ff.
zit.: Borner
- Bosshart, Jürg: Demonstrationen auf öffentlichem Grund, Diss. Zürich 1973
zit.: Bosshart
- Brühwiler, Hans: Die Freiheitsrechte der Kantonsverfassungen in ihrem Ver-
hältnis zur Bundesverfassung, Diss. Zürich 1946, Affoltern
a.A. 1948
zit.: Brühwiler
- Bundesverfassung, Totalrevision der: Vernehmlassung zum Verfassungs-
entwurf von 1977, Bern 1980
- Burckhardt, Walther: Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom
29. Mai 1874, 3. A. Bern 1931
zit.: Burckhardt, Kommentar
- ders. Eidgenössisches Recht bricht kantonales Recht, in:
Festgabe Fleiner, Tübingen 1927, S. 59 ff.

- Campiche, Edouard: Die verfassungskonforme Auslegung, Diss. Zürich 1978
zit.: Campiche
- Cereghetti, Remo: Die Überprüfung der Kantonsverfassungen durch die Bundesversammlung und das Bundesgericht, Diss. Zürich 1956
zit.: Cereghetti
- Dressler, Hans: Der Schutz der persönlichen Freiheit in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts, in: ZBl 81 (1980) S. 377 ff.
zit.: Dressler
- Edelmann, Walter: Der öffentlich-rechtliche Lohnschutz im schweizerischen Recht, Zürich 1949
- Ehmke, Horst: Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: VVdStRL 20 (1963), S. 53 ff.
- Eichenberger, Kurt: Von der Bedeutung und von den Hauptfunktionen der Kantonsverfassung, in: Festschrift Hans Huber, Bern 1981, S. 155 ff.
- ders. Der Staat der Gegenwart, Basel/Frankfurt a.M. 1980
- ders. Verfassung des Kantons Aargau, Aarau/Frankfurt a.M./Salzburg 1986
- Feldmann, H./Geisel M.: Deutsches Verfassungsrecht des Bundes und der Länder, Stuttgart 1954
- Filli, Alexander: Die Grundrechte der Kantonsverfassungen im Gefüge des schweizerischen Staatsrechts, Diss. Basel 1983
zit.: Filli
- Fischer, Konrad: Über den Geltungsbereich der Pressefreiheit, Diss. Zürich 1973
zit.: Fischer
- Fleiner, Fritz: Bundesstaatliche und gliedstaatliche Rechtsordnung, in: Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer, Berlin und Leipzig 1929
- Fleiner, F./Giacometti, Z: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949 (unveränderter Nachdruck 1978)
zit.: Fleiner/Giacometti
- Fleiner, Thomas: Verpflichten die Grundrechte den Staat zu positiven Leistungen?, in: Mélanges Grisel, Neuchâtel 1983, S. 67 ff.

- ders. Die neue Verfassung des Kantons Jura, die Verfassung eines demokratischen Rechts- und Sozialstaates, in: Oui ou non au Canton Jura, Nationales Jahrbuch der neuen Helvetischen Gesellschaft, 49. Jahrgang, Bern 1978
- Forsthoff, Ernst: Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Festschrift für Carl Schmitt, Berlin 1959, S. 35 ff.
- ders. Zur Problematik der Verfassungsinterpretation, Stuttgart 1961
- Frank, Richard: Persönlichkeitsschutz heute, Zürich 1983, zit.: Frank
- Giacometti, Zaccaria: Die Auslegung der schweizerischen Bundesverfassung, Tübingen 1925
zit.: Giacometti, Auslegung
- ders. Das Staatsrecht der Schweizerischen Kantone, Zürich 1941, unveränderter Neudruck 1979
zit.: Giacometti, Kantone
- ders. Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit, Rektoratsrede, 29.4.1955, ZSR NF 74 (1955) I, S. 149 ff.; hier zitiert aus Separatdruck, Zürich 1955
zit.: Giacometti, Rektoratsrede
- ders. Allgemeine Lehre des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960
- Grisel, André: Droit public non écrit, in: Gedenkschrift Max Imboden, Basel/Stuttgart 1972, S. 139 ff.
- Grisel, Etienne: Les droits sociaux, in: ZSR NF 92 (1973) II, S. 1 ff.
zit.: E. Grisel
- Groupe Bélier: République et Canton du Jura, Lignes directives pour l'élaboration de la constitution, Jan. 1976
- Gut, Werner: Die Gewährleistungen der Kantonsverfassungen durch den Bund, Diss. Zürich 1928
zit.: Gut
- Gygi, Fritz: Grundrechtskonkurrenz ?, in: Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, S. 61 ff.
- ders. Wirtschaftsfreiheit und Wirtschaftsordnung im Verfassungsentwurf, in: Totalrevision der Bundesverfassung - Notwendigkeit oder Wunschtraum?, in: Schriften des Schweizerischen Aufklärungs-Dienstes 15, 1978, S. 99 ff.

- ders. Wirtschaftsverfassungsrecht, Bern 1981
- ders. Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, 2. A. Bern 1978
- ders. Wirtschaftspolitik (aus verfassungsrechtlicher Sicht), in:
ZSR NF 100 (1981) I, S. 229 ff.
zit.: Gygi, Wirtschaftspolitik
- Gysin, Arnold: Privatrecht und öffentliches Recht im Privatrecht, in:
ZBJV 87 (1951), S. 49 ff.
- Häberle, Peter: Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der
Schweiz, insbesondere auf kantonaler Ebene, in: Jahrbuch
des öffentlichen Rechts der Gegenwart, NF Band 34 (1985)
S. 305 ff.
zit.: Häberle
- ders. Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung, in: ZSR
NF 97 (1978) I, S. 1 ff.
- ders. Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG, 2. A.
München 1972
- ders. Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, in:
SJZ 1975, S. 295 ff.
- Häfelin, Ulrich: Die Fortbildung des schweizerischen Bundesstaatsrechts in
den Jahren 1954-1971, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der
Gegenwart NF 22 (1973) S. 1 ff.
- ders. Die verfassungskonforme Auslegung und ihre Grenzen, in:
Festschrift Hans Huber, Bern 1981, S. 241 ff.
zit.: Häfelin, Verfassungskonforme Auslegung
- ders. Zur Lückenfüllung im öffentlichen Recht, in: Festschrift
Hans Nef, Zürich 1981, S. 91 ff.
- ders. Die Grundrechte in den Schweizer Kantonsverfassungen, in:
Der Föderalismus und die Zukunft der Grundrechte,
Föderalismus-Studien Band 3, Wien/Köln/Graz 1982, S. 27 ff.
zit.: Häfelin, Grundrechte
- Häfelin, U./Haller, W.: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1984
zit.: Häfelin/Haller
- Haller, Roland: Handels- und Gewerbefreiheit - Gesetzgebungskompetenzen
des Bundes, Diss. Bern 1983

- Haller, Walter: Supreme Court und Politik in den USA, Bern 1972
zit.: Haller, Supreme Court
- ders. Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit ? in: ZSR NF 97
 (1978) I, S. 501 ff.
 zit.: Haller, Verfassungsgerichtsbarkeit
- ders. Die akademische Lehrfreiheit als verfassungsmässiges
 Recht, in: ZSR NF 95 (1976) I, S. 113 ff.
- ders. Die Forschungsfreiheit, in: Festschrift Hans Nef, Zürich
 1981, S. 125 ff.
 zit.: Haller, Forschungsfreiheit
- ders. Die persönliche Freiheit in der neueren Rechtsprechung des
 Bundesgerichts, in: Mélanges Grisel, Neuchâtel 1983,
 S. 95 ff.
 zit.: Haller, Persönliche Freiheit
- Hangartner, Yvo: Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen,
 Basel/Frankfurt a.M. 1974
 zit.: Hangartner, Kompetenzverteilung
- ders. Die Freiheitsgarantie der Bundesverfassung, in: ZBl 70
 (1969), S. 337 ff.
- ders. Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts Band I:
 Organisation, Zürich 1980
 zit.: Hangartner, Grundzüge
- Band II: Grundrechte, Zürich 1982
 zit.: Hangartner, Grundrechte
- Hesse, Konrad: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik
 Deutschland, 14. A., Heidelberg 1984
 zit.: Hesse, Grundzüge
- ders. Grenzen der Verfassungswandlung, in: Festschrift Ulrich
 Scheuner, Berlin 1973, S. 123 ff.
- Homburger, Eric: Die Gestaltung des Verhältnisses zwischen Handels- und
 Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit als Problem der
 Wirtschaftsverfassung, Diss. Zürich 1948
- Hotz, Reinhard: Probleme bei der eidgenössischen Gewährleistung
 kantonaler Verfassungen, in: ZBl 1982, S. 193 ff.
 zit.: Hotz
- Hsü, Dau Lin: Die Verfassungswandlung, Berlin und Leipzig 1932

- Huber, Hans: Der Kompetenzkonflikt zwischen dem Bund und den Kantonen,
Bern 1926
zit.: Huber, Kompetenzkonflikt
- ders. Soziale Verfassungsrechte, in: Freiheit des Bürgers in der
Schweiz, Zürich 1948, hier zit. aus: E. Forsthoff,
Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt
1968, S. 1 ff.
- ders. Das Staatsrecht des Interventionismus, in: ZSR 70 (1951)
S. 173 ff.
- ders. Grundrechte und Polizeigewalt, in: ZBl 53 (1952) S. 233 ff.
- ders. Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit,
Berlin 1966
zit.: Huber, Vertragsfreiheit
- ders. Das Zusammentreffen der EMRK mit den Grundrechten der
Verfassung, in: Gedächtnisschrift für Hans Peters,
New York 1967, S. 375 ff.
- ders. Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, in: ZBJV
91bis (1955), S. 95 ff.
- ders. Über die Konkretisierung der Grundrechte in: Gedenkschrift
Max Imboden, Basel 1972, S. 191 ff.
zit.: Huber, Konkretisierung
- ders. Die persönliche Freiheit - Eine Kritik der neueren
Auffassung des Bundesgerichtes, in: SJZ 69 (1973)
S. 113 ff.
- ders. Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen
unter den Rechtsgenossen, in: ZSR NF 74 (1955) I,
S. 173 ff.
- ders. Die Zwangsmitgliedschaft der immatrikulierten Studierenden
der Universität Bern in der Gesamtstudentenschaft und das
"Politische Mandat", in: ZBJV 109 (1973) S. 97 ff.
zit.: Huber, Zwangsmitgliedschaft in der Studentenschaft
- Huwylér, Friedrich: Gesetz und Verordnung im Kanton Schwyz,
Aarau 1970

- Imboden, Max: Bundesrecht bricht kantonales Recht, Diss. Zürich 1940
zit.: Imboden, Diss.
- ders. Die Tragweite der verfassungsrechtlichen Garantie des Privateigentums, in: SJZ 40 (1944) S. 269 ff., 292 ff.
zit.: Imboden, Tragweite
- ders. Die Ausscheidung der Rechtsetzungskompetenzen zwischen Bund und Kantonen, in: Mélanges Bridel, Lausanne 1968, S. 253 ff.
- Imboden, M./Rhinow R.: Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. A. Basel/Stuttgart 1976
zit.: Imboden/Rhinow
- Jellinek, Georg: Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, Berlin 1906
- Journal officiel de l'assemblée constituante de la République et Canton du Jura 1976/77
zit.: Journal officiel
- Kaegi, Werner: Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates: Untersuchungen über die Entwicklungstendenzen im modernen Verfassungsrecht, Zürich 1945, unveränderter Nachdruck 1971
- Kämpfer, Walter: Die Rechtsetzungskompetenz des Bundes und der Kantone auf dem Gebiete des Arbeitsrechts, Olten 1943
- Kaufmann, Otto K.: Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Schweiz, EUGRZ 1978, S. 475 ff.
- Kirchhofer, Emil: Eigentumsgarantie, Eigentumsbeschränkung und Enteignung, in: ZSR NF 5 (1939) S. 150 ff.
- Knapp, Blaise: Les principes constitutionnels et leurs relations, in: Festschrift Hans Nef, Zürich 1981, S. 167 ff.
- ders. Les droits sociaux et économiques dans une constitution fédérale, in: ZBl 71 (1970) S. 345 ff., 369 ff.
zit.: Knapp, Droits sociaux
- Kölz, Alfred: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978
zit.: Kölz, Kommentar VRG
- ders. Zur Auslegung einfachen Rechts durch den schweizerischen Verfassungsrichter, in: ZSR NF 95 (1976) I, S. 29 ff.

- Kriele, Martin: Theorie der Rechtsgewinnung - entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 2. A. Berlin 1976
zit.: Kriele
- Loebenstein, Edwin: Die staatsrechtliche und staatspolitische Bedeutung der Kompetenzverteilungsnormen in einer bundesstaatlichen Verfassung, in: Mélanges Grisel, Neuchâtel 1983, S. 243 ff.
- Loewenstein, Karl: Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1959
zit.: Loewenstein
- Lüchinger, Hans Georg: Die Auslegung der schweizerischen Bundesverfassung, Diss. Zürich 1954
zit.: Lüchinger
- Mäder, Hans: Grundriss der bundesstaatlichen Kompetenzordnung unter besonderer Berücksichtigung des Umweltschutzrechts, Diss. Basel 1984
- Marti, Hans: Die staatsrechtliche Beschwerde, 4. A. Basel/Stuttgart 1979
zit.: Marti
- Mastronardi, Phillippe: Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz, SÖR, Berlin 1978
zit.: Mastronardi
- Meier-Hayoz, Arthur: Auf dem Weg zur staatlich verwalteten Güterordnung, in: Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung, NZZ-Schriften zur Zeit, Band 42, Zürich 1979, S. 142 ff
- Müller, Georg: Drittwirkung der Grundrechte, in: ZBl 79 (1978) S. 233 ff.
zit.: G. Müller, Drittwirkung
- ders. Privateigentum heute, in: ZSR NF 100 (1981) II, S. 13 ff.
- Müller, Jörg Paul: Soziale Grundrechte in der Verfassung ?
2. A. Basel und Frankfurt a.M. 1981
zit.: J.P. Müller, Soziale Grundrechte
- ders. Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Diss. Bern 1964
zit.: J.P. Müller, Diss.
- ders. Die Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention in der Schweiz, in: ZSR NF 94 (1975) I, S. 373 ff.

- ders. Grundrechtliche Aspekte der Mediengesamtkonzeption, in:
 ZSR NF 99 (1980) I, S. 31 ff.
- ders. Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern
 1982
 zit.: J.P. Müller, Grundrechtstheorie
- Müller, J.P./Müller Stefan: Grundrechte, Besonderer Teil, Bern 1985
 zit.: Müller/Müller, Grundrechte, Besonderer Teil
- Müller, Max: Lehr- und Lernfreiheit, Diss. St. Gallen 1911
- Müller, Niklaus: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zum Grundsatz der
 verfassungskonformen Auslegung, Diss. Bern 1980
 zit.: N. Müller
- Nef, Hans: Förderung und Lenkung der Wirtschaft, in: Festschrift Hans
 Huber, Bern 1981, S. 417 ff.
- ders. Die Fortbildung des schweizerischen Bundesstaatsrechts in
 den Jahren 1929-1953, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts
 der Gegenwart, Band 4 (1955) S. 355 ff.
- Nüssli, Kurt: Föderalismus in der Schweiz, Diss. Zürich 1985
- Oftinger, Karl: Die Vertragsfreiheit, in: Freiheit des Bürgers im
 Schweizerischen Recht, Zürich 1948, S. 315 ff.
 zit.: Oftinger, Vertragsfreiheit
- von Olshausen, Henning: Landesverfassungsbeschwerde und Bundesrecht,
 Baden-Baden 1980
 zit.: v. Olshausen
- Pfennig, Gero/Neumann, Manfred J.: Verfassung von Berlin, Kommentar
 Berlin/New York 1978
 zit.: Pfennig/Neumann
- Plotke, Herbert: Schweizerisches Schulrecht, Bern 1979
 zit.: Plotke
- Projet de Constitution: Groupe de travail de l'ordre des avocats
 jurassiens, Saint-Brais 1975
 zit.: Projet
- Radü, Friedrich-Wilhelm: Die Konkretisierung der Berufsfreiheit im
 Arbeitsrecht der Bundesrepublik Deutschland und der
 Schweiz, Basel/Stuttgart 1978

- Rehbinder, Manfred: Schweizerisches Presserecht, Bern 1975
- ders. Schweizerisches Arbeitsrecht, 6.A. Bern 1981
- Rhinow, René: Grundrechtstheorie, Grundrechtspolitik und Freiheitspolitik, in: Festschrift Hans Huber, Bern 1981, S. 427 ff.
- ders. Der Grundrechtskatalog als Problem des Verfassungsrechts, in: ZBl 70 (1969) S. 225 ff.
- ders. Die Bundesgerichtliche Praxis zur Demonstrationsfreiheit, in: ZBl 72 (1971) S. 33 ff., 57 ff.
- Rohrer, Beat: Beziehungen der Grundrechte untereinander, Diss. Zürich 1982
zit.: Rohrer
- Rüesch, Adrian: Die Versammlungsfreiheit nach Schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1982
zit.: Rüesch
- Saladin, Peter: Grundrechte im Wandel, 3. A. Bern 1982
zit.: Saladin, Grundrechte
- ders. Das Recht auf Bildung, in: ZSR NF 90 (1971) I, S. 113 ff.
zit.: Saladin, Das Recht auf Bildung
- ders. Das Verfassungsprinzip der Fairness, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Basel 1975
zit.: Saladin, Fairness
- St. Gallen: Der Kanton St. Gallen heute und morgen Nr. 1: Totalrevision der Kantonsverfassung, drei Gutachten von Hans Nef, Yvo Hangartner und Hans Schmid, St. Gallen 1972
- Schindler, Dieter: Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention für die Schweiz, in: ZSR NF 94 (1975) I, S. 357 ff.
- Schmid, Gerhard: Souveränität, Staatlichkeit und Identität der Kantone, in: ZBl 85 (1984) S. 104 ff.
- Schneider, Harald: Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten, Baden-Baden 1979

- Schneider, Peter: Zur Verfassungsauslegung der staatsrechtlichen Kammer des Schweizerischen Bundesgerichts, ZBl 64 (1963) S. 313 ff.
- ders. Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: VVDStRL 20 (1963) S. 1 ff.
- Schrepfer, Thomas W.: Datenschutz und Verfassung, Diss. Bern 1985
- Schürmann, Leo: Bau- und Planungsrecht, 2. A. Bern 1984
zit.: Schürmann
- ders. Die Rechtliche Tragweite der neuen Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung, in: ZBl 49 (1948) S. 33 ff., 57 ff., 89 ff.
- Smend, Rudolf: Verfassung und Verfassungsrecht, München und Leipzig 1928, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, Berlin 1955, S. 119 ff.
- Solothurn: Begleitbericht zur Verfassungsvorlage vom 8. Juni 1986, Solothurn 1986
zit.: Begleitbericht KVSÖ
- Spoendlin, Kaspar: Die verfassungsmässige Garantie der persönlichen Freiheit, Diss. Zürich 1945
zit.: Spoendlin, Persönliche Freiheit
- Stern, Klaus: Die Verbindung von Verfassungsidee und Grundrechtsidee zur modernen Verfassung, in: Festschrift Eichenberger, Basel 1982, S. 197 ff.
- Stimson, Frederic Jessup: The Law of the Federal and State Constitutions of the United States, Boston 1908
- Sträuli, Hans: Die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen auf dem Gebiete der Gesetzgebung, Diss. Zürich 1953
- Sträuli, Hans: Verfassung des eidgenössischen Standes Zürich, Winterthur 1902
zit.: Sträuli
- Thürer, Daniel: Particularités de la Constitution jurassienne, in: Oui ou non au Canton Jura, Nationales Jahrbuch der neuen Helvetischen Gesellschaft, 49. Jahrgang, Bern 1978
- Tippelt, Ernst: Aufgabenverteilung zwischen Bund und Kantonen in der Schweiz, Diss. Freiburg i.Ue. 1974

- Trachsel, Daniel: Über die Möglichkeiten justiziabler Leistungsforderung aus verfassungsmässigen Rechten der Bundesverfassung, Diss. Zürich 1980
zit.: Trachsel
- von Tuhr/Peter: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3.A. Zürich 1974/79
zit.: von Tuhr/Peter
- Usteri, Martin: Theorie des Bundesstaates, Diss. Zürich 1974
- Venanzoni, Reto: Konkurrenz von Grundrechten, in: ZSR NF 98 (1979) I, S. 267 ff.
- Verfassungen der deutschen Bundesländer, München 1982
- Visini, Sandro: Die rechtliche Gleichbehandlung von Bürgern und Einwohnern anderer Gebietskörperschaften mit den eigenen Bürgern und Einwohnern, Diss. Zürich 1983
- Voyame, Joseph: La nouvelle constitution jurassienne, in: Der Bernische Notar, 1977, S. 281 ff.
- Weber-Dürler, Beatrice: Der Grundsatz des entschädigungslosen Polizeieingriffs, in: ZBl 85 (1984), S. 296 ff.
- Werder, Michael: Eigentum und Verfassungswandel, Diss. Bern 1978
- Werner, Jacques: Interprétation constitutionnelle: Le cas de l'instrumentarium à la lumière du droit américain, Genf 1975
- ders. Interprétation constitutionnelle: Pour le rejet de la méthode subjective, in: SJZ 1977 (73) S. 117 ff.
- Wespi, Kaspar: Die Drittwirkung der Freiheitsrechte, Diss. Zürich 1968
- Widmer, Peter: Normkonkurrenz und Kompetenzkonkurrenz im schweizerischen Bundesstaatsrecht, Diss. Zürich 1966
zit.: Widmer
- Zellweger, Eduard: Die Sozial- und Wirtschaftsrechte in einer neuen Bundesverfassung, in: ZBl 71 (1970), S. 321 ff.
zit.: Zellweger

Weitere Literaturangaben im Text.

Abkürzungsverzeichnis

a.	alt
A.	Auflage
a.F.	alte Fassung
a.M.	anderer Meinung
Amtl.Bull. NR/SR	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (Nationalrat/Ständerat); bis 1962 StenBull
Art.	Artikel
BB1	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
bez.	bezüglich
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (SR 101)
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EUGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
f., ff.,	folgende, fortfolgende
GG	Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
gl.M.	gleiche Meinung
h.A.	herrschende Ansicht
h.L.	herrschende Lehre
KV	Kantonsverfassung
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N., Nr.	Randnummer
NF	Neue Folge
NR	Nationalrat
NZZ	Neue Zürcher Zeitung

OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (SR 173.110)
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SöR	Schriften zum öffentlichen Recht
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
Sten.Bull. NR/SR	Amtliches Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung (Nationalrat/Ständerat)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
UeBest	Übergangsbestimmung(en)
v.a.	vor allem
VE	Vorentwurf der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung von 1977
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Die Bestimmungen der Kantonsverfassungen werden jeweils unter Voranstellung des Autokennzeichens zitiert (AG=Aargau, AI=Appenzell Innerroden, AR=Appenzell Ausserroden, BE=Bern, BL=Basel Landschaft, BS=Basel Stadt, FR= Freiburg, GE=Genf, GL=Glarus, GR=Graubünden, JU=Jura, LU=Luzern, NE=Neuenburg, NW=Nidwalden, OW=Obwalden, SG=St.Gallen, SH=Schaaffhausen, SO=Solothurn, TG=Thurgau, TI=Tessin, UR=Uri, VD=Waadt, VS= Wallis, ZG=Zug, ZH= Zürich).

Einleitung: Grundsätzliches zur Terminologie und zum Umfang der Arbeit

Die Terminologie im Bereich der Grundrechte ist uneinheitlich. In der Bundesverfassung kommt der Begriff "Grundrechte" nicht vor. In den kantonalen Verfassungen wird bald der Begriff "Persönliche Rechte" verwendet, bald von "Gewährleistungen", "Individualrechten" usf. gesprochen. In der Praxis und in der Literatur findet sich auch der Begriff "verfassungsmässige Rechte".

In der vorliegenden Arbeit wird folgende Terminologie verwendet: "Grundrechte" oder "verfassungsmässige Rechte" enthalten alle jene Bestimmungen, welche auf Verfassungsstufe zumindest einen subjektiven Anspruch des Bürgers (resp. der juristischen Personen) begründen, welcher auf dem Rechtsweg durchsetzbar ist. Gerade in der Abgrenzung dieser Bestimmungen von reinen Postulaten und Programmsätzen wird ein wesentliches Problem liegen. Für die weitere Einteilung werden die Begriffe "Freiheitsrecht" und "Sozialrecht" verwendet. Freiheitsrechte enthalten jene Bestimmungen, welche zumindest einen Abwehranspruch des Bürgers gegenüber staatlichen Eingriffen begründen. Sozialrechte enthalten jene Bestimmungen, welche zumindest einen Leistungsanspruch, sei es gegenüber dem Staat, sei es gegenüber Privaten, begründen. Diese Bestimmungen enthalten demnach eine "Garantie".

Dabei entfällt die Behandlung der Rechtsgleichheit. Der weite Umfang der daraus abgeleiteten Garantien würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Ebenso wenig werden die verschiedenen verfahrensrechtlichen Garantien, soweit sie nicht aus der persönlichen Freiheit abgeleitet werden, behandelt. Verzichtet wird auch auf die Darstellung des Post- und Telegraphengeheimnisses, des Doppelbesteuerungsverbotes, des Petitionsrechts und eines Teils der sogenannten "kleinen" Sozialrechte (Recht des Wehrmannes auf Ausrüstung, Recht auf schickliche Beerdigung).

Sodann sei darauf hingewiesen, dass die am 8. Juni 1986 verabschiedete revidierte Verfassung des Kantons Solothurn zum Zeitpunkt der Niederschrift dieser Arbeit noch nicht in Kraft steht. Dennoch werden die Grundrechtsnormen der revidierten Verfassung, und nicht jene der zu ersetzenden Verfassung, behandelt.

1. KAPITEL

ENTWICKLUNG DER GRUNDRECHTE UND DES GRUNDRECHTSVERSTÄNDNISSES

Vorbemerkung

Die Entwicklung der Grundrechte im 19. Jahrhundert wurde ausführlich in der Dissertation von Brühwiler ¹⁾ dargestellt. Die hier folgenden Ausführungen verstehen sich als Ergänzung dazu. Sie beschränken sich deshalb auf die Darstellung der Weiterentwicklung der kantonalen Grundrechte nach den in der Folge der Totalrevision der Bundesverfassung im Jahre 1874 vorgenommenen kantonalen Totalrevisionen. Die Behandlung mag im einzelnen etwas zu detailliert – wenn auch keineswegs vollständig – geraten sein. Doch nur auf diese Weise lässt sich die tiefgreifende Veränderung der Relevanz der kantonalen Grundrechtsgarantien zeigen.

1. Entwicklung der Grundrechte

1.1 In den Kantonen

Mit der Totalrevision der Verfassung des Kantons Nidwalden im Jahre 1913 ging die Reihe der im Anschluss an die Revision der Bundesverfassung erfolgten Totalrevisionen der Kantonsverfassungen zu Ende.²⁾ In der Folge wurden für längere Zeit nur Teilrevisionen vorgenommen, im Grundrechtsbereich jedoch mit wenig substantiellen Ergebnissen. Erst in den sechziger Jahren dieses Jahrhunderts begann wieder eine Reihe von Total-

1) Brühwiler, S. 9 ff.

2) Ältere Verfassungen kennen die Kantone AI (1872), GE (1847, ohne inhaltliche Änderung bereinigt am 6./7. Dezember 1958), NE (1858), TI (1830, ebenso ohne inhaltliche Änderung bereinigt am 29. Oktober 1967), TG (1869) und ZH (1869). Da die Verfassungen von Genf und Tessin vor der BV von 1848 erlassen wurden, waren sie in ihrer Gesamtheit bis zur genannten Bereinigung von der Bundesversammlung nicht gewährleistet.

revisionen, dies parallel zu den Bestrebungen zur Revision der Bundesverfassung, welche heute noch nicht abgeschlossen ist. Daneben beeinflusste eine reiche Gerichtspraxis die Weiterentwicklung der Grundrechte.

1.1.1 Teilrevisionen

1.1.1.1 Persönliche Freiheit

Eine längst fällige Anpassung an das Bundesrecht brachte die Revision des Art. 5 der KV LU.³⁾ Dabei wurde Abs. 3 der genannten Bestimmung, der die Einführung der Todesstrafe forderte, gestrichen. Tatsächlich hatte diese Bestimmung mit der Übertragung der Kompetenz zur Regelung des Strafrechtes an den Bund⁴⁾ und – effektiv – mit dem Erlass des Schweizerischen Strafgesetzbuches⁵⁾ die rechtliche Bedeutung verloren.⁶⁾

Eine umfassende Revision der Garantie der persönlichen Freiheit erlebte die Genfer Verfassung.⁷⁾ Sie betrifft im Wesentlichen die Stellung des Beschuldigten, des Verhafteten und der beteiligten Behörden. Die bestehende, an sich schon ausführliche Regelung⁸⁾ wurde zunächst um das Postulat der Unschuldsvermutung bereichert (Art. 4). Daneben werden die Voraussetzungen für den Erlass eines Haftbefehles (Art. 17), die Kommunikation des Beschuldigten mit seinem Rechtsbeistand (Art. 23, 29), das Recht auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand (Art. 23), die Voraussetzungen für die Einzelhaft (Art. 28, 29) sowie die Haftentlassung (Art. 24) und einige verfahrenstechnische Fragen, ebenso die Entschädigung infolge ungerechtfertigter Verhaftung, geregelt. Teile dieser Revision lassen eine Anpassung an die EMRK erkennen, wobei die in der Konvention vielfach unbestimmten Begriffe wesentlich konkreter gefasst wurden.

3) Vom 7.12.1958.

4) Art. 64bis BV vom 13.11.1898.

5) Vom 21.12.1937, in Kraft seit 1.1.1942.

6) Vgl. auch Art. 65 BV Abs. 1 (Verbot der Todesstrafe wegen politischer Verbrechen).

7) Vom 25.9.1977.

8) Alle anderen Kantonsverfassungen begnügen sich mit der Aufstellung allgemeiner Grundsätze.

Im Zusammenhang mit der persönlichen Freiheit steht auch die Problematik des Existenzminimums. Hier sind zwei Revisionen zu nennen, die sich mit der steuerlichen Belastung des Bürgers befassten. In VS 24 ⁹⁾ und SO 62 ¹⁰⁾ wird zugesichert, dass vom Bürger keine Steuern erhoben werden, falls dadurch sein Existenzminimum gefährdet wird. Das BGer hat solchen Zusicherungen – wenn auch nur grundsätzlich ¹¹⁾ – die Qualität von Rechten mit individualschützendem Charakter zuerkannt.

1.1.1.2 Hausrecht

Die genannte Revision der Genfer Verfassung brachte auch eine teilweise, wenig substantielle Neuregelung des Hausrechts (Art. 13, 30 ff.).

1.1.1.3 Glaubens- und Gewissensfreiheit

Neben verschiedenen Revisionen, die das Verhältnis Staat-Kirche sowie die Organisation der Kirchen neu regelten, kam es in den letzten 30 Jahren zu verschiedenen Neuformulierungen der Artikel über die Glaubens-, Gewissens- und die Kultusfreiheit

Dabei ist die Revision des Art. 13 Abs. 5 VD ¹²⁾ zu erwähnen. Während vorher der Verfassungstext die freie Ausübung des römisch-katholischen Glaubens nur in einzelnen Gemeinden garantierte, wurde diese Garantie bei der Revision auf den ganzen Kanton ausgedehnt. In Art. 2 VS ¹³⁾ wurde die Bestimmung gestrichen, welche die römisch-apostolisch-katholische Religion zur Staatsreligion erklärte und eine redaktionelle Änderung bezüglich der Glaubens- und Gewissensfreiheit sowie der Kultusfreiheit vorgenommen.

9) Revision vom 26. Dez. 1920.

10) Revision vom 3. Juli 1938.

11) Vgl. zu Art. 62 Abs. 2 und 4 aSO: BGE 104 Ia 290 sowie J.P. Müller, ZBJV 116 (1980) 234 f.; ders., Grundrechtstheorie, S. 29 und hinten S. 10 f.; vgl. auch Art. 19 VD, revidiert am 4.5.1956.

12) Revision vom 9./10. Mai 1970.

13) Revision vom 17. März 1974.

Gleiches geschah bei der Revision ¹⁴⁾ im Rahmen von Art. 1 TI. Bei einer Revision vom 7. März 1982 wurde die in Art. 2 FR enthaltene Beschränkung der Glaubens-, Gewissens- und Kultusfreiheit auf die apostolisch-römisch-katholische und die evangelisch reformierte Kirche fallengelassen. Die Revision von Art. 63 resp. 64 ZH vom 7. Juli 1963 brachte im Hinblick auf die hier diskutierte Garantie materiell keine Änderung. Neu ist lediglich der Hinweis auf das Bundesrecht.¹⁵⁾ In Art. 27 AR wurde der ursprüngliche Abs. 6, der Art. 27 Abs.3 BV (Besuch der öffentlichen Schulen ohne Beeinträchtigung der Glaubens- und Gewissensfreiheit) wörtlich wiederholt, gestrichen.¹⁶⁾

1.1.1.4 Pressefreiheit

Im Kanton Tessin wurde anlässlich der Revision vom 26. Oktober 1976 auch der ganze Art. 6, welcher die Pressefreiheit "soweit sie weder die guten Sitten noch die Religion noch die Beziehungen zur Eidgenossenschaft beeinträchtigt" gewährleistete, gestrichen. Offenbar war man der Ansicht, dass es angesichts der bundesrechtlichen Regelung in Art. 55 BV einer eigenen Garantie der Pressefreiheit nicht bedürfe ¹⁷⁾ und hat mit der Neufassung von Art. 1, der wie erwähnt eine Staatsreligion vorsah, den Art. 6 - der ebendiese wieder erwähnte - gleich ganz aufgehoben.

14) Vom 26. Oktober 1975.

15) Vgl. BBl 1963 III 488.

16) Revision vom 26. April 1981; dieser Grundsatz wird nun im Gesetz aufgeführt.

17) Zustimmend der Bundesrat in seiner Botschaft an die Bundesversammlung BBl 1976 II/1 S. 587.

1.1.1.5 Vereinsfreiheit

Zwei längst aufgehobene Beschränkungen der Vereinsfreiheit verdienen genannt zu werden. Die Garantie der Vereinsfreiheit wurde in den Kantonen Waadt ¹⁸⁾ und Genf ¹⁹⁾ im Vorfeld des zweiten Weltkrieges jenen Vereinen und Organisationen entzogen, die direkt oder indirekt mit der kommunistischen Internationalen verbunden waren. Ähnliches geschah andernorts auf Gesetzes- ²⁰⁾ oder Verordnungsstufe. ²¹⁾

1.1.1.6 Eigentumsgarantie

Verschiedene Revisionen betrafen die Eigentumsgarantie, d.h. vor allem die Gestaltung der Enteignung. Grundsätze dazu wurden dem § 13 SZ in Abs. 3 hinzugefügt. ²²⁾

Durch die Revision von Art. 4 AI ²³⁾ wurde es ausdrücklich ermöglicht, dass nicht nur der Staat und die Gemeinden im öffentlichen Interesse, sondern auch Private nach Verleihung des Expropriationsrechts enteignen können. NE 8 bestimmte sodann in zeitlicher Hinsicht, dass die Entschädigung vorgängig zu leisten ist. Dies wurde gestrichen. ²⁴⁾

1.1.1.7 Niederlassungsfreiheit

Zwei Revisionen betrafen die Niederlassungsfreiheit. Während die Neuregelung von Art. 14 ZH ²⁵⁾ den Entzug der Niederlassung der Bundesgesetzgebung unterstellte und eine eigenständige Regelung aufgab, wurde

18) Art. 8bis, eingefügt am 30.1.38, aufgehoben am 17.11.1946.

19) Art. 14bis, eingefügt am 7.4.1937, aufgehoben am 10.4.1946.

20) So Neuchâtel, Gesetz vom 27.2. 1937.

21) So im Bund BRB vom 6. August 1940, AS 56, S. 1336. Vgl. auch BRB vom 19. November 1940, AS 56, S. 1814 (Auflösung der nationalen Bewegung).

22) Revision vom 12. März 1908.

23) Vom 24. April 1960.

24) Revision vom 9. September 1979.

25) Revision vom 16. Juni 1926.

Art. 16 Abs. 2 SH, der den Entzug der Niederlassung wegen wiederholter gerichtlicher Bestrafung vorsah, ganz aufgehoben.²⁶⁾

1.1.1.8 Sprachenfreiheit

Im Bereiche der Regelung der Landessprachen der einzelnen Kantone sind zwei Revisionen der Berner KV im Zusammenhang mit dem französischsprachigen Jura zu erwähnen. Die Revision des Art. 17 (vom 29. Oktober 1950) brachte die Gleichstellung der beiden Sprachen Deutsch und Französisch als Amtssprachen und verankerte das Territorialitätsprinzip,²⁷⁾ indem Verfügungen, Beschlüsse und Urteile oberer Behörden "in der Sprache des örtlich zuständigen Amtsbezirkes" erlassen werden müssen.²⁸⁾ Eine weitere Revision²⁹⁾ nach der Abspaltung des Nordjura brachte eine neuerliche Veränderung des Wortlautes von Art. 17, dem die Art. 17bis und Art. 17ter hinzugefügt wurden. Die gegenüber früher detailliertere Regelung führte aber inhaltlich nicht zu Neuerungen.

1.1.1.9 Bildungswesen

Im Bereich der Sozialrechte sind einzelne Revisionen der Bestimmungen über die Primarschule und des Stipendienwesens zu erwähnen. Art. 27 AR führt seit der Revision vom 26. April 1981 die Unentgeltlichkeit des Unterrichts an öffentlichen Schulen nicht mehr auf, sondern überlässt diese Regelung dem Gesetz. Auch wenn letzteres im Grunde dasselbe vorsieht, so ist doch ein Abbau der verfassungsmässigen Rechte hinsichtlich der Sekundarschule u.ä. Institutionen³⁰⁾ offensichtlich. Neu bestimmt Art. 27 Abs. 4 AR, dass der Staat Stipendien oder Vorschüsse zu Bildungszwecken gewährt und sich an der Erziehung geistig und körperlich

26) Revision vom 30. September 1981; vgl. auch die Revision desselben Artikels vom 20. Mai 1973.

27) Siehe hinten S. 96.

28) Vgl. Art. 17 Abs. 3 und 4.

29) Vom 26. Februar 1978.

30) Wegen BV 27 bleibt sich der Rechtsschutz hinsichtlich der Primarschule gleich.

behinderter Kinder beteiligt - eine Bestimmung, die aber kaum individual-schützenden Charakter aufweist.³¹⁾ Mit dem Erlass eines Primarschulgesetzes³²⁾ fiel in der aKV BL der als Übergangsregelung gedachte § 52 dahin. Er regelte die Unentgeltlichkeit der Lehrmittel für die Primarschüler. Art. 47 KV SH wurde dahingehend revidiert,³³⁾ dass die Unentgeltlichkeit des Unterrichts an öffentlichen Schulen ausdrücklich nur während der Dauer der Schulpflicht geltend gemacht werden kann.

Die St. Galler Kantonsverfassung erlebte zwei Revisionen im Bereich der Ausbildungsförderung. Die Revision des Art. 10 (vom 16. April 1961) brachte eine klarere und detailliertere Regelung des Stipendienwesens und dehnte die Anspruchsberechtigung allgemein aus. Eine weitere Revision³⁴⁾ von lit. c des genannten Artikels regelte die Stipendien für Schüler in nicht kantonseigenen Schulen neu. Dabei wird allerdings noch zu untersuchen sein, inwieweit solche Bestimmungen tatsächlich einen klagbaren Leistungsanspruch begründen.³⁵⁾

1.1.2 Weiterbildung durch die Gerichtspraxis

Entscheide kantonalen Instanzen, die sich tatsächlich mit den Inhalten der kantonalen Grundrechtsgarantien befassen, sind kaum zu finden.

Das BGer seinerseits prüfte die Tragweite jener kantonalen Grundrechtsgarantien, die auch in der Bundesverfassung erwähnt sind, kaum. Umfassender sieht dessen Praxis - es handelt sich allerdings um ältere Entscheide - zu jenen Grundrechtsgarantien aus, die in der Bundesverfassung nicht oder nicht ausdrücklich erwähnt sind. Hier sind vor allem zahlreiche Entscheide zur persönlichen Freiheit und zur Eigentumsgarantie zu erwähnen. Interessant sind auch einige Entscheide, die sich mit der Grundrechtsqualität einzelner Verfassungsnormen befassen. Eine eingehende Bestandaufnahme der einzelnen Grundrechte erfolgt im zweiten Kapitel; hier sol-

31) Siehe hinten S. 113.

32) Vom 8. Mai 1911, ersetzt durch das Gesetz vom 13. Juni 1946.

33) Revision vom 30. August 1981.

34) Revision vom 28. Mai 1967.

35) Siehe hinten S. 113 ff.

len, der Intention dieses Kapitels folgend, nur einige Grundaspekte aufgezeigt werden. Die Grundlagen der Weiterentwicklung des Verfassungsrechts und deren Methodik werden - weil dort wesentlich bedeutungsvoller - im Zusammenhang mit der Entwicklung der Rechtssprechung zu den Grundrechten der BV dargelegt.

1.1.2.1 Persönliche Freiheit

Die frühere BGer-Praxis zu den kantonalen Garantien der persönlichen Freiheit wirkt verhalten und uneinheitlich. Bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Eingriffe ging das BGer selten vom Inhalt der jeweiligen Garantie aus, sondern beschränkte sich oft darauf, die gesetzlichen Grundlagen zu prüfen, und diese dann auf willkürfreie Auslegung hin.¹⁾

Es finden sich jedoch markante Stellungnahmen zum Inhalt der persönlichen Freiheit, die sich teilweise recht weit vom Text der jeweiligen Bestimmungen entfernen und auch aufgrund des systematischen Zusammenhangs dieser Bestimmungen nicht selbstverständlich sind.²⁾ So wird in BGE 45 I 132 f. ausgeführt, dass die Verfügungsmacht des Lebenden über das Schicksal seines Leibes nach dem Tode, die Art seiner Bestattung, sich als Ausfluss der individuellen Freiheit des Bürgers, der Persönlichkeit und ihres Rechtes auf Geltung und Achtung durch die Allgemeinheit darstellte. Der Bürger habe den Anspruch "in Fragen, die die Betätigung der geistigen und sittlichen Individualität betreffen, keinen Zwang zu erleiden".³⁾

In BGE 50 I 164 schliesst das BGer nicht aus, dass die in Art. 7 ZH enthaltene Garantie der persönlichen Freiheit nicht nur die individuelle

1) Vgl. etwa BGE 31 I 301 "Nun hat nach feststehender Doktrin und Praxis die Garantie der persönlichen Freiheit den Sinn, dass dieselbe nur bestimmten, im voraus gesetzlich geregelten Bechränkungen unterworfen werden darf ..." (mit Hinweisen); vgl. auch BGE 34 I 744.

2) So finden sich die Garantien der persönlichen Freiheit, soweit sie in den kantonalen Verfassungen aufgeführt sind, meistens im Zusammenhang mit verschiedenen Verfahrensgarantien und behandeln dort den Aspekt der Bewegungsfreiheit; vgl. hinten S. 52 f.

3) Dieser Entscheid wurde aber schon in BGE 46 I 292 relativiert.

Bewegungsfreiheit, sondern darüber hinaus auch den "unverkümmerten Genuss gewisser, der Persönlichkeit zustehender Rechte" umfasse.

1.1.2.2 Eigentumsgarantie

Zahlreich sind die Entscheide des BGer zu den kantonalen Verfassungsnormen über die Eigentumsgarantie. Dabei stellte sich das Gericht immer auf den Standpunkt, der Inhalt der Eigentumsrechte sei nur durch das objektive Recht bestimmbar.⁴⁾ Deshalb prüfte es die gesetzliche Grundlage für Einschränkungen und deren willkürfreie Anwendung.⁵⁾ Immerhin unterstellte das BGer schon sehr früh alle wohlerworbenen Rechte und auch den Schutz gegen Besitzesentzug⁶⁾ der Eigentumsgarantie. Dabei komme es weniger auf den Wortlaut der jeweiligen Verfassungsnorm an, als auf das, was die Garantie des Privateigentums nach "allgemeiner Schweizerischer Rechtsauffassung" enthalte.⁷⁾

So umfasst die Eigentumsgarantie "tous les droits privés capables de former le patrimoine de l'individu".⁸⁾ Die Feststellung, dass diese privaten Rechte - privat auch im Sinne des Trägers - auch im öffentlichen Recht begründet sein können, brauchte allerdings längere Zeit.⁹⁾

1.1.2.3 Grundrechtsqualität von Verfassungsnormen

Oftmals war strittig, ob eine kantonale Verfassungsnorm wirklich Grundrechtsqualität habe. So wurde Art. 19 Abs. 1 KV ZH¹⁰⁾ in BGE 48 I 83 ff. die Grundrechtsqualität noch zugesprochen, in BGE 90 I 149 ff. wurde dies offengelassen, ebenso in BGE 105 Ia 349.

4) Vor Erlass des ZGB also uneinheitlich je nach kt. Privatrecht, vgl. BGE 30 I 337; 33 I 161; auch BGE 82 I 106.

5) Vgl. etwa BGE 31 I 306; 34 I 204.

6) Vgl. BGE 3 S. 314 E.4; BGE 40 I 259 f.

7) Vgl. dazu Imboden, Tragweite, S. 270 mit Hinweisen.

8) BGE 35 I 571 mit Hinweisen.

9) Endgültige Klarstellung in BGE 70 I 21 (hinsichtlich der vermögenswerten Ansprüche der Beamten); vgl. auch Imboden, Tragweite, S. 272: nur Ansprüche, die im Privatrecht begründet sind; vgl. auch hinten S. 89 f.

10) "Alle Steuerpflichtigen haben im Verhältnis der ihnen zu Gebote stehenden Mittel an die Staats- und Gemeindelasten beizutragen".

Für die Anerkennung einer Verfassungsnorm als Grundrecht verlangt das BGer vor allem, dass die entsprechende Norm individualschützenden Charakter hat und darüberhinaus justiziabel, d.h. von genügender "normativer Bestimmtheit" ist.¹¹⁾ Dies wurde beispielsweise am Art. 62 Abs.4¹²⁾ aKV SO in BGE 104 Ia 284 ff.¹³⁾ illustriert, wo das BGer prinzipiell bejahte, dass ein verfassungsmässiges Recht vorliege, dann aber bemerkte, durch den Verfassungswandel habe diese Bestimmung "nur mehr die Bedeutung einer Weisung an den Gesetzgeber ... im Steuergesetz Sozialabzüge vorzusehen"; das Bundesgericht anerkannte insoweit einen individualschützenden Charakter. Zumindest bei dieser Bestimmung müsste m.E. allerdings anerkannt werden, dass sie den vom BGer aufgestellten Bedingungen zu genügen vermag und folgerichtig auch wie ein verfassungsmässiges Recht zu behandeln ist.¹⁴⁾

1.1.2.4 Anerkennung ungeschriebener Grundrechte in den Kantonsverfassungen

Auch in den Kantonsverfassungen kam das BGer zur Anerkennung ungeschriebener Grundrechte,¹⁵⁾ dies generell hinsichtlich der Eigentumsgarantie, wo diese in den Kantonsverfassungen nicht aufgeführt ist.¹⁶⁾ Da in BGE 89 I 98 die persönliche Freiheit als ungeschriebenes Freiheitsrecht der Bundesverfassung anerkannt wurde, konnte das BGer in diesem Entscheid offenlassen, ob auch die KV BS diese Garantie beinhaltet. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich anerkannte die Lehrfreiheit als ungeschriebenes Freiheitsrecht der Zürcher Verfassung.¹⁷⁾

11) Vgl. J.P. Müller, Grundrechtstheorie, S. 28/29.

12) "Geringe Vermögen sowie von jedem Einkommen ein zum Leben unbedingt notwendiger Betrag sind steuerfrei".

13) = Pra 67 Nr. 115.

14) Das Ergebnis dieses Entscheids wurde denn auch kritisiert, vgl. J.P. Müller, zitiert Anm. 11, S. 29 und ders. in ZBJV 116 (1980) S. 234 ff.

15) Zum Vorgang vgl. hinten S. 23 f.

16) Vgl. BGE 35 I 571.

17) ZBl 1974, S. 317.

1.1.3. Totalrevisionen und Kantonsverfassung Jura

1.1.3.1 Totalrevisionen

Totalrevisionen fanden in den Kantonen Nidwalden,¹⁾ Obwalden,²⁾ Aargau,³⁾ Uri,^{3a)} Solothurn⁴⁾ und Basel-Landschaft⁵⁾ statt.

Die beiden Revisionen in Nidwalden und Obwalden stützten sich im Grundrechtsteil auf die Vorarbeiten von Max Imboden für die Verfassung beider Basel.⁶⁾ Beide Verfassungen enthalten eingangs des Grundrechtsteils das Postulat der Unverletzlichkeit der Freiheit und der Würde des Menschen.⁷⁾ Die Aufzählung der Grundrechte erfuhr allerdings nur im Kanton Obwalden eine Erweiterung; so wurden neu die Presse- und Meinungsfreiheit (Art. 13 lit b, c) sowie die Vereins- und Versammlungsfreiheit kodifiziert. Diese Garantien waren in der KV Nidwalden schon früher ausdrücklich genannt. Beide Verfassungen enthalten jedoch einen eigentlichen Grundrechtskatalog, eine saubere aufeinanderfolgende Darstellung der garantierten Freiheitsrechte.

Einen stichwortartigen Katalog enthält auch die revidierte Verfassung des Kantons Uri in Art. 12. Erwähnenswert sind hier insbesondere die ausdrücklichen Garantien des Rechtes auf Familie (lit.b), des Schutzes der Privatsphäre (lit.c), der Freiheit der Lehre, der Forschung und die Kunstfreiheit (lit.i). Diesem Katalog vorangestellt wird eine allgemeine Garantie der Menschenwürde (Art. 10). Sodann enthält Art. 14 Abs. 4 die Bestimmung, wonach der Kern der Grundrechte unantastbar ist. Gemäss Art. 15 verpflichten die Grundrechte alle Organe des Kantons, der Gemeinden und der übrigen öffentlichrechtlichen Körperschaften und Anstalten.

1) Vom 10. Oktober 1965.

2) Vom 19. Mai 1968.

3) Vom 25. Juli 1980.

3a) Vom 28. Oktober 1984.

4) Vom 8. Juni 1986.

5) Vom 17. Mai 1984.

6) Diese Verfassung, deren Kernpunkt die Wiedervereinigung darstellte, wurde wohl im Kanton Basel-Stadt angenommen, in Basel-Landschaft hingegen verworfen, womit das Projekt scheiterte.

7) Art. 1 NW; Art. 10 OW enthält zusätzlich das Postulat der Unverletzlichkeit der Persönlichkeit.

Im Grundrechtsbereich erfuhr die Verfassung des Kantons Aargau substantielle Veränderungen.

Dabei wird zunächst die Abkehr vom rein negatorischen Grundrechtsverständnis festgelegt, indem § 7 Abs. 1 festhält, dass die Grundrechte alle öffentliche Gewalt binden und gemäss § 7 Abs. 2 "soweit sie ihrem Wesen nach dazu geeignet sind" die Privatpersonen untereinander verpflichten. Der Grundsatz der Achtung der Menschenwürde wird einem eigentlichen Katalog von Freiheitsrechten vorangestellt.⁸⁾ Der schon in der alten Verfassung⁹⁾ enthaltene, umfangreiche Katalog wird noch durch die Aufnahme der Lehr-, Forschungs- und Kunstfreiheit¹⁰⁾ sowie des Brief- und Fernmeldegeheimnisses¹¹⁾ erweitert. Der allgemeinen Meinungs- äusserungs- und Pressefreiheit wurde die Meinungsbildungs- und Informationsfreiheit beigegeben,¹²⁾ der Versammlungsfreiheit die Demonstrationsfreiheit.¹³⁾

Der Schutzbereich der persönlichen Freiheit wurde durch die Festschreibung des Rechts auf Leben, körperliche und geistige Unversehrtheit, der Bewegungsfreiheit sowie durch die Garantie des Privat- und Familienlebens und dem Schutz vor Datenmissbrauch klar umschrieben.¹⁴⁾

Die Wirtschaftsfreiheit wird als das Recht auf freie Wahl und Ausübung des Berufes und auf die freie wirtschaftliche Betätigung definiert.¹⁵⁾

Damit hebt sich die Aargauer Verfassung von den anderen kantonalen Verfassungen vor allem auch dadurch ab, dass die Garantien nicht nur schlagwortartig aufgezählt, sondern für den Leser in durchaus interessanter Weise in den Details dargestellt sind. Die Aargauer Verfassung enthält auch in § 28 eine Garantie, wonach jedes Kind einen Anspruch auf eine seinen Fähigkeiten angemessene Schulbildung hat.

8) § 9.

9) Vom 23.4.1885.

10) § 14.

11) § 15 Abs. 2.

12) § 13.

13) § 17.

14) § 15.

15) § 20.

Fast gleich umfassend und detailliert präsentiert sich der Katalog der Freiheitsrechte in der revidierten Verfassung des Kantons Solothurn.¹⁶⁾ Die Grundrechte sollen in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen¹⁷⁾ und "soweit sie ihrem Wesen nach dazu geeignet sind", die Privatpersonen untereinander binden.¹⁸⁾ Unter dem Titel "Sozialziele" stellt sich der Kanton sodann verschiedene Aufgaben im sozialen Bereich, etwa den Schutz bedürftiger Menschen und die Förderung der Bildung. Jeder solle seinen Unterhalt zu angemessenen Bedingungen durch Arbeit bestreiten und eine angemessene Wohnung zu tragbaren Bedingungen finden können.¹⁹⁾ Allerdings hält Art. 22 SO ausdrücklich fest, dass diese Aufgaben nur im Rahmen der Zuständigkeit und der vorhandenen Mittel wahrgenommen würden.

Die revidierte Verfassung des Kantons Basel-Landschaft enthält zunächst eine stichwortartige Aufzählung der garantierten Freiheitsrechte unter ausdrücklicher Erwähnung der Freiheit der wissenschaftlichen Lehre und Forschung, der künstlerischen Betätigung, des Schutzes der Privatsphäre und des Schutzes vor Datenmissbrauch.²⁰⁾ Auch hier sollen die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen. Wer Grundrechte ausübe, habe die Grundrechte anderer zu achten.²¹⁾

Unter dem Titel "Sozialrechte" wird ein Anspruch auf Hilfe und Betreuung in Notlagen und auf die für ein menschenwürdiges Leben erforderlichen Mittel normiert.²²⁾ Sodann wird im Rahmen der Zuständigkeit und der vorhandenen Mittel ein "Recht auf Bildung, Arbeit und Wohnung" angestrebt.²³⁾

Konkrete Totalrevisionsprojekte liegen sodann in den Kantonen Glarus²⁴⁾

16) Art. 6-21.

17) Art. 20 Abs. 1.

18) Art. 20 Abs. 3.

19) Art. 22.

20) § 6.

21) § 14.

22) § 16.

23) § 17.

24) Vgl. Entwurf und Kommentar, Glarus 1981.

und Thurgau ²⁵⁾ vor. Bestrebungen im Kanton St. Gallen ²⁶⁾ sind nicht sehr weit gediehen. Auch in den Kantonen Zürich, Wallis und Bern regen sich die Geister der Totalrevision. ²⁷⁾ Wieweit der steinige Weg zur Totalrevision in diesen Kantonen zum Erfolg führt, bleibt noch abzuwarten. Immerhin ist festzustellen, dass die Konsensfähigkeit für ein solches Projekt in den Kantonen weit mehr vorhanden ist als auf Bundesebene. Trotzdem sind die Schwierigkeiten nicht zu übersehen. Im Kanton Aargau etwa wurde ein erstes Projekt vom Volk abgelehnt. ²⁸⁾

1.1.3.2 Verfassung des Kantons Jura

Die Abspaltung der drei Bezirke Delémont, Franche-Montagnes und Porrentruy und einiger Gemeinden der angrenzenden Bezirke vom Kanton Bern und deren anschliessende Zusammenfassung zum neuen Kanton Jura machte eine in diesem Jahrhundert erstmalige Operation nötig: Eine völlig neue Verfassung musste aus der Taufe gehoben werden. Entstanden ist eine Verfassung, wie sie sonst in der Schweiz keine Parallele findet. In den Presseberichten zum Verfassungsentwurf und auch in den nachfolgenden Debatten zur Gewährleistung wurde sie immer wieder als "grosszügig" bezeichnet, ²⁹⁾ eine Bezeichnung, die zweifellos zutrifft und die grundlegende Problematik gleichermassen illustriert. Die Präambel der Verfassung des Kantons Jura ³⁰⁾ zeigt die Ausrichtung des hier in Frage stehenden Grundrechtsteils auf: "Das jurassische Volk beruft sich auf die Menschenrechtserklärung von 1789, auf die Allgemeine Menschenrechtserklärung der Vereinten Nationen von 1948 und auf die Europäische Menschenrechtskonvention von 1950".

25) Vgl. Botschaft des Regierungsrates des Kantons Thurgau an den Grossen Rat vom 23. März 1981.

26) Vgl. Der Kanton St. Gallen heute und morgen, St. Gallen 1972.

27) Konkrete Entwürfe sind allerdings noch nicht vorhanden.

28) Volksabstimmung vom 29. April 1979.

29) Oder auch als "utopisch": Ständerat Jean-François Aubert im Protokoll des Ständerates, Amtl. Bull. SR 1977 S. 345.

30) Vom 20. März 1977.

Unter den besonderen Gewährleistungen sind primär das Recht auf Familie,³¹⁾ das Recht auf Pflege und Erziehung der Kinder,³²⁾ die ausdrücklich verankerte Demonstrationsfreiheit,³³⁾ die Freiheit der Kunst und der Forschung³⁴⁾ und der freie Zugang zu öffentlichen Ämtern³⁵⁾ bemerkenswert. Darüber hinaus ist das Recht auf Arbeit,³⁶⁾ Wohnung³⁷⁾ und Ausbildung³⁸⁾ anerkannt. Sodann wird das rein negatorische Grundrechtsverständnis aufgegeben.³⁹⁾ Diese kleine Auswahl zeigt folgendes auf: Man versuchte die zentralen Probleme unserer Zeit, welche heute die Gesetzgeber aller Stufen beschäftigen, durch klare Normierung auf Verfassungsebene anzugehen.

Das Resultat dieses Willens führte dann auf verschiedenen Ebenen zu umfassenden Diskussionen, und es gab in der neueren Zeit wohl noch keine Gewährleistungsdebatte in der Bundesversammlung, die derart ausführlich und hart geführt wurde. Schliesslich wurde die Gewährleistung durch die Bundesversammlung mit Ausnahme des Art. 138, der vorliegend nicht interessiert, auch erteilt.⁴⁰⁾ Dies mit der allerdings nur protokollarisch festgehaltenen Bedingung der bundesrechtskonformen Auslegung.⁴¹⁾

31) Art. 8 lit c.

32) Art. 8 lit d.

33) Art. 8 lit g.

34) Art. 8 lit. i.

35) Art. 8 lit. m.

36) Art. 19.

37) Art. 22.

38) Art. 40.

39) Art. 14.

40) Ständerat: Beschluss vom 21. Juni 1977, Amtl. Bull. SR 1977, S. 368; Nationalrat: Beschluss vom 28. September 1977, Amtl. Bull. NR 1977, S. 1157.

41) Vgl. Antrag der Kommission, Amtl. Bull. SR 1977, S. 348. Amtl. Bull. NR 1977, S. 1117.

1.2 Entwicklung der Grundrechte in der Bundesverfassung

1.2.1 Teilrevisionen

Von den die Grundrechte betreffenden Teilrevisionen der Bundesverfassung stechen vor allem die Revision der Wirtschaftsartikel, der Niederlassungsfreiheit und die ausdrückliche Aufnahme der Eigentumsgarantie heraus. Daneben gab es noch zahlreiche Versuche, in der Bundesverfassung umfassende Sozialrechte zu verankern. Die wichtigsten Punkte seien hier kurz dargestellt.

1.2.1.1 Wirtschaftsartikel und Handels- und Gewerbebefreiheit

Am 6. Juli 1947 wurden die sogenannten Wirtschaftsartikel in der BV umfassend revidiert. Anstelle der alten Art. 31, 32, 34ter wurden die Artikel 31, 31bis, 31ter, 31quater, 31quinquies, 32, 34ter und 34quater eingefügt. Die Umschreibung der Handels- und Gewerbebefreiheit in Art. 31 Abs. 1 BV wurde geringfügig geändert.¹⁾ Am Inhalt dieser Garantie wurde jedoch nicht gerüttelt,²⁾ insbesondere nicht an deren Kern, der Gewährleistung der freien Konkurrenz.³⁾ Zweifellos änderte sich auch an der Einschränkung der Handels- und Gewerbebefreiheit aus polizeilichen Gründen nichts, ebenso ist - wie früher - eine Berufung auf diese im Bereich der staatlichen Monopole nicht möglich.⁴⁾

1) Früher: "Freiheit des Handels- und der Gewerbe".

2) Vgl. Nef, Die Fortbildung der Schweizerischen Bundesverfassung in den Jahren 1929 bis 1953, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, NF Band 4 (1955) S. 375; Schürmann, Die rechtliche Tragweite der neuen Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung, in: ZBl 1948, S. 34; Fleiner/Giacometti, S. 281 Anm. 2.

3) Vgl. BGE 80 I 121 ff. und Burckhardt, Kommentar, S. 233; Saladin Grundrechte S. 217 (h.A.).

4) Art. 31 Abs. 2 (aF): enumerative Aufzählung; Art. 31 Abs. 2 (nF): allgemeiner Vorbehalt zugunsten der kant. Regalrechte.

Die Handels- und Gewerbefreiheit kannte jedoch schon von alters her Einschränkungen wirtschafts- und sozialpolitischer Natur. Während die Kompetenz zum Erlass solcher Normen früher vom Bund schlicht beansprucht wurde - sowohl gegen Art. 31 BV wie auch gegen Art. 3 BV verstossend ⁵⁾ -, umgrenzen die neuen Wirtschaftsartikel die zulässigen Abweichungen von der Handels- und Gewerbefreiheit in klarer Weise. Neben den erwähnten Monopolen im Bundesbereich - die durchaus eine Negation der Handels- und Gewerbefreiheit darstellen ⁶⁾ - erhielt der Bund in Art. 31bis Abs. 3 unter speziellen Voraussetzungen die Kompetenz, von der Handels- und Gewerbefreiheit abzuweichen.

1.2.1.2 Eigentumsgarantie

Während die kantonalen Verfassungen, mit Ausnahme derjenigen des Kantons Tessin, die Eigentumsgarantie aufführen, kannte die Bundesverfassung von 1874 kein solches Grundrecht. Nachdem die Eigentumsgarantie vom BGer als ungeschriebenes Grundrecht anerkannt wurde, ⁷⁾ drängte sich im Zuge der Arbeit an der Bodenrechtsgesetzgebung eine ausdrückliche Normierung auf, welche dann durch die Aufnahme des Art. 22ter ⁸⁾ Tatsache wurde. Wie auch in den Kantonen kennt 22ter die üblichen Einschränkungen und die an die Enteignung anknüpfende Entschädigungsfolge. ⁹⁾

5) Fleiner/Giacometti, S. 279; Zusammenstellung der betreffenden Bundesgesetze s. daselbst S. 277.

6) Vgl. Saladin, Grundrechte, S. 253.

7) Vgl. Entscheid vom 11. Mai 1960, abgedruckt in ZBl 62 (1961) S. 69 ff., mit Hinweisen auf frühere Entscheide, die nicht veröffentlicht wurden.

8) Vom 14. September 1969.

9) Vgl. zum Ganzen: Häfelin, Die Fortbildung des schweizerischen Bundesstaatsrechts in den Jahren 1954-1971, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart NF 22, Tübingen 1973, S. 25 ff.

1.2.1.3 Niederlassungsfreiheit

Im Jahre 1975 wurde Art. 45 BV revidiert. In der alten Fassung sah diese Norm einerseits die Garantie der Niederlassungsfreiheit der Schweizer Bürger vor, anderseits aber verschiedenste Einschränkungen, die den Entzug der Niederlassung rechtfertigten. Diese Beschränkungen wurden in der Revision ausnahmslos gestrichen.¹⁰⁾

1.2.1.4 Pressefreiheit

Mit Inkrafttreten des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 fielen die Absätze 2 und 3 des Art. 55 BV, die Hinweise auf die kantonale Strafgesetzgebung bezüglich des Missbrauchs der Pressefreiheit sowie eine partielle Gesetzgebungskompetenz des Bundes in dieser Materie enthielten, dahin; dies aufgrund der Übergangsbestimmung in Art. 64bis Abs. 4 BV.

1.2.1.5 Glaubens-, Gewissens- und Kultusfreiheit

Im Bereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit ist die sogenannte Münchensteiner Initiative¹¹⁾ zu erwähnen, die Wehrpflichtigen mit religiösen und moralischen Bedenken gegenüber der Armee erlauben wollte, statt des Wehrdienstes einen Zivildienst zu leisten. Diese Initiative fand beim Souverän allerdings keine Gnade und wurde am 4. Dezember 1977 abgelehnt. Immerhin kennt die Schweizer Armee den waffenlosen Dienst aus Gewissensgründen.¹²⁾

Mit Volksabstimmung vom 20. Mai 1973 wurden die Artikel 51 und 52 BV, die eine Beschränkung der Tätigkeit der Jesuiten und das Verbot der Neugründung von Orden und Klöstern vorsah, aufgehoben.

10) Vgl. BB1 1974 I 223 ff.

11) Vgl. BB1 1977 II, S. 89 ff.

12) Verordnung über den waffenlosen Militärdienst aus Gewissensgründen vom 24. Juni 1981, SR 511.19.

1.2.1.6 Recht auf Arbeit

Nachdem eine erste Initiative, die das Recht auf Arbeit in der Bundesverfassung verankern wollte, in der Volksabstimmung vom 3. Juni 1894 gescheitert war, reichte der "Landesring der Unabhängigen" 1943 ein Volksbegehren mit gleicher Zielrichtung zur Abänderung des Art. 32 BV ein.¹³⁾ Dabei sollte jedem arbeitsfähigen Schweizer das Recht auf Arbeit gewährleistet werden, mit einem Anspruch des Arbeitswilligen auf Verdienstersatz, solange dieses Recht nicht verwirklicht werden kann.¹⁴⁾ Diese Initiative erlitt in der Volksabstimmung vom 8. Dezember 1946, ebenso wie ein weiteres "Volksbegehren betreffend Wirtschaftsreform und Rechte der Arbeit"¹⁵⁾ in der Volksabstimmung vom 18. Mai 1947, das Schicksal ihrer Vorgängerin.

1.2.1.7 Recht auf Wohnung

Eine Volksinitiative auf Aufnahme der Gewährleistung des Rechtes auf Wohnung wurde am 11. Oktober 1967 eingereicht. Dabei schien es unklar, ob hier ein direktes verfassungsmässiges Recht oder nur eine programmatische Bestimmung statuiert werden sollte.¹⁶⁾ Die Initiative fand allerdings in der Volksabstimmung vom 27. September 1970 keine Zustimmung.¹⁷⁾

1.2.1.8 Recht auf Bildung

Am 4. März 1973 hatte das Volk über die Änderung der Art 27, 27bis und 27quater BV abzustimmen. Die wesentlichste Neuerung betraf die Aufnahme eines eigentlichen Grundrechts auf Ausbildung im Rahmen der Eignung und des bestehenden Bildungssystems.¹⁸⁾ Daneben sollten die öffentlichen Schulen während der ganzen obligatorischen Schulzeit unentgeltlich be-

13) S. BBl 1946 II, 773 ff.

14) Vgl. Nef, zit. Anm. 2, S. 374.

15) Vgl. dazu Nef, zit. Anm., 2 S. 374 f.

16) Vgl. Bericht des Bundesrates in BBl 1969 II 887 ff. und Häfelin, zit. Anm. 9, S. 52.

17) Im Volk allerdings nur knapp nicht, mit 344 640 Ja gegen 359 818 Nein, bei 7 2/2 annehmenden und 12 4/2 ablehnenden Ständen.

18) Vgl. Botschaft des BR in BBl 1972 I/1, S. 377, 419 ff.

sucht werden können. Wie alle anderen Vorlagen auf Einführung von Sozialrechten in der Bundesverfassung wurde auch diese in der Volksabstimmung vom 4. März 1973 abgelehnt, wobei allerdings ein Volksmehr bestand und nur die Stände den Ausschlag für das negative Ergebnis gaben.

1.2.1.9 Drittwirkung der Grundrechte

Obwohl der Problembereich der Rechtsgleichheit in dieser Arbeit grundsätzlich ausgespart bleibt, muss in Hinsicht auf die Drittwirkung die Aufnahme des Grundsatzes "gleicher Lohn für gleiche Arbeit" in Art. 4 Abs. 2 BV genannt werden.¹⁹⁾ Hier wird dem Rechtsgleichheitsprinzip in einem Teilbereich Drittwirkung zugesprochen, wenngleich kontrovers bleibt, ob hier eine sogenannte direkte Drittwirkung ausgesprochen ist.²⁰⁾

1.2.2 Weiterentwicklung der Grundrechte durch das Bundesgericht

1.2.2.1 Vorbemerkung

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Bereich der Grundrechte führte in den letzten Jahren zu tiefgreifenden Veränderungen.¹⁾ Zweifellos hat der Grundrechtsschutz eine umfassende Ausweitung erfahren. Dabei fällt auf, dass sich das BGer teilweise ausserordentlich weit vom Verfassungstext entfernt hat.²⁾

19) Volksabstimmung vom 14. Juni 1981.

20) Zum ganzen Problembereich vgl. Huber, Gleiche Rechte für Mann und Frau in ZBJV 118 (1982), S. 161 ff.; A. Häfliger, Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich, Bern 1985, S. 38 ff., 102 ff.; für die direkte Drittwirkung sprach sich Aubert in der Ständeratsdebatte aus, vgl. Amtl. Bull. SR 1980, S. 571 ff.; weitere Nachweise hinten S. 97 Anm. 5.

1) Dies gilt natürlich, wenn auch nicht im selben Umfang, ebenso für die Rechtsprechung anderer Gerichte oder Verwaltungsinstanzen.
2) Man denke etwa, um nur ein Beispiel zu nennen, an die Anerkennung des Gebotes von Treu und Glauben als einem elementaren Prinzip des öffentlichen Rechts, vgl. BGE 103 Ia 505, Imboden/Rhinow, S. 457 f.

Es kann hier nun nicht darum gehen, das Vorgehen des Verfassungsinterpreten in extenso darzulegen. Immerhin ist diese Praxis für die vorliegende Arbeit nicht ohne Belang, kann doch das Verhältnis der einzelnen kantonalen Grundrechte zur Bundesverfassung nur dann bestimmt werden, wenn zunächst eine Inhaltsbestimmung dieser Normen erfolgt. Dieser Praxis kommt dann überragende Bedeutung zu, wenn es darum geht, inwieweit die kantonalen Garantien über jene in der Bundesverfassung hinausgehen. Insofern dienen die folgenden Darlegungen auch der Begründung des bei der Inhaltsbestimmung gewählten Vorgehens.

1.2.2.2 Das Vorgehen bei der Rechtsfindung aus Verfassungsnormen/ Begriffe

Bei der Rechtsfindung im Verfassungsrecht ³⁾ lassen sich folgende Vorgangsweisen unterscheiden:

Auslegung, Konkretisierung und Anerkennung von ungeschriebenem Verfassungsrecht. ⁴⁾ Auslegung, so wie der Begriff hier verwendet wird, bezeichnet jenen Vorgang der Rechtsfindung oder Interpretation, bei dem der

-
- 3) Vgl. zum Ganzen: Jörg-Paul Müller, Grundrechtstheorie, S. 1ff.; Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: Staat, Gesellschaft, Freiheit, Frankfurt a/Main 1976, S. 221 ff.; Huber, Konkretisierung; A. Grisel, Droit public non écrit, in Festschrift für Max Imboden, Basel/Stuttgart, 1972, S. 139 ff.; Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung - entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, Berlin 1967; Lüchinger, Die Auslegung der Schweizerischen Bundesverfassung, Diss., Zürich 1954; Hsü Dau Lin, Die Verfassungswandlung, Berlin und Leipzig 1932; Saladin, Grundrechte, S. 282 ff.; derselbe: Grenzen der Verfassungswandlung, in: Festschrift für Ulrich Scheuner, Berlin 1973, S. 123 ff.; Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Festschrift für Carl Schmitt, Berlin 1959 S. 35 ff.; Smend, Verfassung und Verfassungsrecht in: Staatsrechtliche Abhandlungen, Berlin 1955, S. 119 ff.; Peter Schneider, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: VVDStRL 20, 1963 S. 1ff.; H. Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: VVDStRL 20, S. 53 ff.; Haller, Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit? ZSR 97 (1978), S. 501 ff., v.a. S. 511 ff.; Giacometti, Die Auslegung der Schweizerischen Bundesverfassung, Tübingen 1925; Jellinek, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, Berlin 1906; Trachsel, S. 59 ff.; Häfelin/Haller, S. 21 ff.; Häfelin, Zur Lückenfüllung im öffentlichen Recht, in: Festschrift für Hans Nef, Zürich 1981, S. 91 ff.
- 4) Wobei, je nach Sprachgebrauch, die Grenzen durchaus fließend sind.

Sinn und die Tragweite einer Gesetzesnorm ermittelt werden,⁵⁾ wobei der Richter je nach Methode nach dem objektiv in der Norm wiedergegebenen Willen oder nach dem subjektiven Willen des Gesetzgebers forscht.⁶⁾ Es ist dies der Begriff der Auslegung, wie er im Zivilrecht verwendet wird.⁷⁾ Was unter dem Begriff Konkretisierung zusammengefasst wird, enthält mehr. "Konkretisierung entfernt sich von Textauslegung. Manchmal lässt sie den Verfassungstext weit hinter sich zurück".⁸⁾ Dabei geht es um die Weiterbildung der Verfassungsnormen unter Einbezug der zu ordnenden Wirklichkeit. Es geht nicht um explikative, sondern um schöpferische Interpretation.⁹⁾

Ein allenfalls bloss gradueller Unterschied dazu (vom Ergebnis her, nicht methodisch)¹⁰⁾ bildet die Anerkennung von ungeschriebenen Verfassungsnormen, so etwa die Anerkennung der Eigentumsgarantie,¹¹⁾ des Grundrechts auf freie Meinungsäusserung¹²⁾ u.a.m., wobei diese Garantien ihrerseits – so vor allem im Bereich der persönlichen Freiheit¹³⁾ – eine umfassende Konkretisierung erfahren haben. Dabei geht es keinesfalls immer um Lückenfüllung durch Gewohnheitsrecht, sind doch zuweilen echte Neuerungen das Ergebnis bundesgerichtlicher Interpreta-

5) Giacometti, Auslegung, S. 4.

6) Über die einzelnen Elemente dieses Vorganges, vgl. Trachsel, S. 60.

7) Vgl. zur Abgrenzung von der Lückenfüllung Meier-Hayoz, in: Berner Kommentar, N 137 zu Art. 1 ZGB.

8) Huber, Konkretisierung, S. 192.

9) Böckenförde, zit. Anm. 3, S. 221; Haller, zit. Anm. 3, S. 516; Saladin, Fairness, S. 41; J.P. Müller, Grundrechtstheorie, S. 21 f.; Saladin, Grundrechte, S. 373, spricht in diesem Zusammenhang davon, das BGer gehe nach "besonderen heuristischen Leitsätzen" vor. Vgl. auch Kriele, a.a.O. S. 159; Hesse, Grundzüge, S. 25.

10) So werden im Bereich von Art. 4 BV, wie auch im Bereich der persönlichen Freiheit, Grundrechtsaspekte behandelt, die durchaus auch als eigenständige Grundrechte hätten anerkannt werden können. Etwa der Anspruch auf rechtliches Gehör, den das BGer im Rahmen von Art. 4 BV behandelt, vgl. BGE 98 Ia 129.

11) Heute Art. 22ter BV, vorne S. 18

12) Hinten S. 60 f.

13) Hinten S. 51.

tion;¹⁴⁾ darüber hinaus handelt es sich oftmals nicht um Lückenfüllung nach den vom BGer aufgestellten Regeln.¹⁵⁾

1.2.2.2.1 Auslegung

Die verschiedenen Methoden der Auslegung sind vor allem im Zivilrecht ausgebildet worden.¹⁶⁾ Die bundesgerichtliche Rechtsprechung bedient sich der sogenannten objektiv-historischen, objektiv-zeitgemässen wie auch der subjektiv-historischen Methode unter Einbezug von grammatikalischen, systematischen und teleologischen Elementen.¹⁷⁾ Eine einlässliche Begründung für die Anwendung der einen oder anderen Methode im Einzelfall fehlt jeweils.

-
- 14) Zwar stellt das BGer in BGE 104 Ia 96 fest, zur Anerkennung eines ungeschriebenen Grundrechts sei erforderlich, dass dieses "einer weitverbreiteten Verfassungswirklichkeit in den Kantonen" entspreche, und "von einem allgemeinen Konsens getragen" werde. Dies entspricht wohl nicht ganz der früheren Praxis und ist auch auf Kritik gestossen; vgl. Jörg-Paul Müller in ZBJV 116 (1980), S. 237 f. und ders., Grundrechtstheorie, S. 25 f. Die angeführte Stelle entspricht allerdings durchaus dem vom Bundesgericht, wenn auch nicht konsequent, ausgeübten "self-restraint".
- 15) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 147 f.. So z.B. bei der Anerkennung der Eigentumsgarantie, wo man wohl von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers sprechen konnte und sich darüber hinaus eine Normierung gar nicht aufdrängte, beinhaltet doch die anerkannte Eigentumsgarantie das Gleiche wie die vorher schon bestehenden kantonalen Garantien, s. BGE 93 I 137.
- 16) Eine umfassende Darstellung findet sich bei Kriele, S. 21 ff., ein kurzer Überblick bei Lüchinger, S. 14 ff.; vgl. ebenso Meier Hayoz, in: Berner Kommentar, N 140 ff. zu Art. 1 ZGB.
- 17) Nachweise bei Trachsel, S. 60f.

In der Literatur wird zuweilen verlangt, das BGer sollte sich von einer bestimmten Auslegungsmethode leiten lassen.^{18/19)} Eine eindeutige Hinwendung zu einer Methode oder zumindest zur Festlegung einer Stufenfolge der Methoden, lässt sich allerdings auch der Literatur nicht entnehmen.²⁰⁾

1.2.2.2.2 Konkretisierung

In Literatur und Praxis wird weitgehend davon ausgegangen, dass sich die Interpretation der Verfassung nicht alleine auf die Anwendung der oben genannten sog. "zivilistischen" Auslegungsmethoden beschränken könne, dass sich damit die Aufgabe des Verfassungsrichters nicht lösen lasse.²¹⁾ Die Notwendigkeit der Verfassungsinterpretation im Sinne

-
- 18) So plädiert Lüchinger, S. 91 f., für die Anwendung der subjektiv-historischen Methode und setzt sich auch mit den Gegenargumenten auseinander. Dabei sind seine Darlegungen m.E. nicht überzeugend, insbesondere jene hinsichtlich des Willensargumentes (S. 99 f.). Auch der normative Wille, soweit in einer Einheitlichkeit überhaupt bestehend, ist kaum feststellbar, zeigt es sich doch, dass sich die politische Auseinandersetzung eben nicht unbedingt jener Argumente bedient, die jeweils den Ausschlag für eine bestimmte Stellungnahme geben, sondern jener, die am überzeugendsten wirken. Besonders problematisch wird die Anwendung dieser Auslegungsmethode bei einem in einer Volksabstimmung beschlossenen Erlass. Von einem einheitlichen, ermittelbaren Willen wird man in solchen Fällen nicht sprechen können. Gerade bei der Verfassungsinterpretation dürfte diese Methode damit nicht in Betracht zu ziehen sein. Vgl. auch Häfelin/Haller, N 91.
- 19) Giacometti, Auslegung, S. 24, tritt - allerdings differenzierend - primär für eine restriktiv-teleologische Auslegung ein.
- 20) Vgl. Kriele, S. 152: "Es gibt ungefähr so viele methodische Konzeptionen wie Autoren, die sich zur Methodenlehre äussern". Anders im Zivilrecht, wo sich eine vermehrte Hinwendung zur objektiv-historischen Methode abzuzeichnen scheint. Vgl. Meier-Hayoz, in: Berner Kommentar, N 149 ff. zu Art. 1 ZGB; Deschenaux, in: Schweizerisches Privatrecht, Band II, Basel 1967, S. 84 ff.
- 21) Vgl. etwa Huber, Konkretisierung, S. 194 f.; Hesse, S. 21 ff.; a.M. Lüchinger, S. 82 ff., vgl. auch Anm. 18; Forsthoff, Zur Problematik der Verfassungsinterpretation, Stuttgart 1961, S. 34 f.; vgl. auch Giacometti, Kantone, S. 155: "Die Tätigkeit eines Verfassungsgerichtshofes, der zur Anwendung der Freiheitsrechte berufen ist, kann somit nur quantitativ, d.h. im Sinne einer intensiveren Rechtsschöpfung von derjenigen eines anderen Richters verschieden sein". Man muss dies allerdings vor dem Hintergrund von Giacometti's These sehen, dass die Bundesverfassung "jede individuelle Freiheit, die überhaupt einmal rechtlich relevant werden kann", stillschweigend gewährleistet", daselbst S. 169; vgl. zum Ganzen auch J.-P. Müller, Diss., S. 77 f.

einer Konkretisierung wird zumindest bei den Grundrechten vielfach mit dem Stichwortcharakter der Normen begründet.²²⁾ Böckenförde bezeichnet sie als "Lapidarformen und Grundsatzbestimmungen, die aus sich selbst inhaltlicher Eindeutigkeit weitgehend entbehren".²³⁾ Zudem ist festzustellen, "dass die Verfassung als *lex fundamentalis* nur das Wichtigste behandelt, und dies in einem besonders hohen Abstraktionsgrad".^{24/25)} Es gilt auch festzustellen, dass das öffentliche Recht, anders als das Zivilrecht in Art. 1 ZGB, keine Auslegungsregel normiert hat.²⁶⁾

Die dargestellte Weiterbildung der Verfassungsnormen ist jedoch vor allem im Hinblick auf die Kompetenzabgrenzung zwischen Legislative und Judikative nicht unproblematisch.²⁷⁾ Indessen kann grundsätzlich festgestellt werden, dass die Ergebnisse, die das BGer mittels ausfüllender Interpretation gewonnen hat, in der Literatur weit weniger der Kritik ausgesetzt sind als der Weg dorthin. Auch darf festgestellt werden, dass diese Ergebnisse zuweilen nachträglich vom Gesetzgeber kodifiziert wurden.²⁸⁾

22) Vgl. Trachsel, S. 59 mit Hinweisen.

23) In: Grundrechtstheorie, zit. Anm. 3, S. 221.

24) Haller, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 512.

25) Dabei ist zu beachten, dass elastische, abstrakte und der inhaltlichen Eindeutigkeit entbehrende Normen auch im Zivilrecht vorkommen, ja gerade die zentralsten Normen so ausgestaltet sind. So z.B. Art. 2 ZGB oder die *ordre public*-Klausel im internationalen Privatrecht (s. Art. 25 Vorentwurf zum IPR-Gesetz); vgl. auch Giacometti, Kantone, S. 155.

26) Mit dieser wäre aber, wie Giacometti, Auslegung, S. 32, treffend bemerkt, das Problem auch nicht gelöst: "Ich verhehle dabei keineswegs die Schwierigkeit, die eine gesetzliche Regel dadurch verursachen würde, dass sie ja selber als positiver Verfassungsrechtsatz Gegenstand der Auslegung wäre".

27) Vgl. etwa Aubert, La garantie constitutionnelle des droits fondamentaux et le législateur, in: Festschrift Eichenberger, Basel/Frankfurt a. Main 1982, S. 161 ff.

28) Man denke etwa an die aus Art. 4 BV gewonnenen Verfahrensgarantien oder an die umfassenden Konkretisierungen der persönlichen Freiheit, welche in die EMRK und in verschiedene Verfahrensgesetze aufgenommen wurden. Dies findet sich selbst bei Leistungsansprüchen gegenüber dem Staat, etwa bei dem aus Art. 4 BV abgeleiteten Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung unter bestimmten Voraussetzungen (BGE 57 I 343 ff.). § 84 des revidierten Gesetzes über den Zivilprozess des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976 bringt z.B. das Bestehen eines eigentlichen Anspruches im Gegensatz zu alt § 81 deutlich zum Ausdruck.

1.2.2.3 Ergebnisse

1.2.2.3.1 Anerkennung von ungeschriebenen Grundrechten

Das BGer anerkennt eine Befugnis oder eine Freiheit dann als ungeschriebenes Grundrecht, wenn diese "eine Voraussetzung für die Ausübung anderer Freiheitsrechte bilden oder (...) sonst als unentbehrliche Bestandteile der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes erscheinen".¹⁾ Später fügte das BGer hinzu, dass die Befugnis überdies "einer weitverbreiteten Verfassungswirklichkeit in den Kantonen entsprechen und von einem allgemeinen Konsens" getragen sein müsse,²⁾ ein Entscheid, der wohl mit Recht kritisiert wurde.³⁾

In Anwendung dieser Voraussetzungen fanden die Eigentumsgarantie,⁴⁾ die Garantie der freien Meinungsäusserung,⁵⁾ die Sprachenfreiheit,⁶⁾ die persönliche Freiheit⁷⁾ sowie die Versammlungsfreiheit⁸⁾ Aufnahme in die Bundesverfassung als ungeschriebene Grundrechte.

Keine Anerkennung fanden hingegen Grundrechte, die eine staatliche Leistung voraussetzen oder sie direkt beinhalten, wie etwa eine allgemeine Demonstrationsfreiheit,⁹⁾ eine allgemeine Informationsfreiheit¹⁰⁾

1) BGE 96 I 107.

2) BGE 104 Ia 96 ff.

3) Vgl. vorne S. 24 Anm. 14.

4) Vgl. vorne S. 18 Anm. 7; erste Ansätze finden sich allerdings schon in BGE 35 I 571.

5) BGE 87 I 117.

6) BGE 91 I 485 f.

7) BGE 89 I 92 f.

8) BGE 96 I 224 f.; in BGE 91 I 321 ff. und 92 I 24 ff. wurde diese stillschweigend vorausgesetzt.

9) Während die Frage in 96 I 224 ff. offengelassen wurde, enthält BGE 100 Ia 401 eine eindeutige Ablehnung; vgl. dazu Rhinow, Die Bundesgerichtliche Praxis zur Demonstrationsfreiheit, ZBl 72 (1971) S. 33 ff. und 57 ff. sowie hinten S. 79.

10) BGE 104 Ia 88.

oder ein Recht auf Bildung.¹¹⁾ Allerdings wurden Leistungsansprüche aus Grundrechten im Bereich der Rechtspflege¹²⁾ und als Folge von Grundrechtseingriffen durchaus bejaht.¹³⁾ Die vorne dargestellten Voraussetzungen verhinderten die Anerkennung von unwesentlichen Handlungsfreiheiten.¹⁴⁾

1.2.2.3.2 Weiterbildung der Grundrechte

In Fortführung der genannten Praxis zu den kantonalen Grundrechten erfuhren die Grundrechte der Bundesverfassung teilweise massive inhaltliche Ausdehnungen. Darauf wird bei der Behandlung der einzelnen Grundrechte einzugehen sein.

1.2.2.3.3 Die These von Giacometti

Lehre und Rechtsprechung haben sich immer wieder mit der Frage beschäftigt, ob es sich bei den in der Bundesverfassung garantierten Freiheitsrechten um eine exemplifikative Aufzählung im Rahmen einer allgemeinen Freiheitsgarantie handle oder ob die Freiheitsrechte lediglich punktuell gewährleistet sind.

Ersteres vertrat Zaccaria Giacometti: "Aus dem Sinn des Freiheitsrechtskataloges der Bundesverfassung als eines liberalen Wertsystems lässt sich nämlich folgern, dass die Bundesverfassung jede individuelle Freiheit, die praktisch wird, das heisst durch die Staatsgewalt gefährdet ist, garantiert, und nicht allein die in der Verfassung ausdrücklich aufge-

11) BGE 103 Ia 398.

12) So der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege bei Bedürftigkeit und nicht aussichtslosem Prozess, BGE 57 I 343 ff.

13) So etwa der Anspruch des Häftlings auf ärztliche Betreuung, BGE 106 Ia 292.

14) So etwa das Recht auf freie Grabmalgestaltung: BGE 96 I 104 ff; die Möglichkeit, mit Spielautomaten um Geld zu spielen: BGE 101 Ia 347; das Recht auf freie Schifffahrt: BGE 108 Ia 59 ff.

zählten Freiheitsrechte".¹⁵⁾ Folgerichtig können die Freiheitsrechte der kantonalen Verfassungen keine eigene Wirkung entfalten.¹⁶⁾

Eine ähnliche Auffassung schien das BGer in BGE 45 I 133¹⁷⁾ zu vertreten, nahm diesen Gedanken dann aber erst nach der Anerkennung der persönlichen Freiheit als ungeschriebenes Grundrecht wieder auf, die sich bald als eigentliche Handlungsfreiheit darstellte.¹⁸⁾ Später ging das BGer allerdings wieder von dieser weitgefassten Interpretation ab und erklärte, die Bundesverfassung garantiere keine allgemeine Handlungsfreiheit.¹⁹⁾

Dieses punktuelle Grundrechtsverständnis manifestiert sich auch im Vorgehen des BGer im Zusammenhang mit der Anerkennung der ungeschriebenen Grundrechte.²⁰⁾ Trotzdem hat sich das BGer de facto der Position Giacomettis durch die Anerkennung eines immer umfassenderen Grundrechtsschutzes und vor allem auch durch die Ausdehnung des Legalitätsprinzips auf die Staatstätigkeit ausserhalb der Eingriffsverwaltung²¹⁾ sehr weit angenähert. Die Gesetze müssen ganz allgemein einem öffentlichen Interesse dienen²²⁾ und das Willkürverbot beachten.²³⁾

15) Mit Ausnahme der Unterrichtsfreiheit, Fleiner/Giacometti, S. 241 ff; vertieft in Giacometti, Rektoratsrede, S. 3 ff. Diese These wurde in der Literatur zum Teil übernommen (vgl. etwa Usteri, Voraussetzungen einer Totalrevision der Bundesverfassung, Zürich 1978 (Separatdruck), S. 18; Hangartner, Die Freiheitsgarantie der Bundesverfassung, ZBl 70 (1969) S. 337 f., wo allerdings Autoren als befürwortend zitiert werden, die nun wirklich nicht dieser Ansicht sind, und - in zunehmendem Masse - abgelehnt (vgl. etwa J.-P. Müller, Grundrechtstheorie S. 17 f.; Rhinow Der Grundrechtskatalog als Problem des Verfassungsrechts, ZBl 70 (1969) S. 234 f.; Huber, Die persönliche Freiheit, SJZ 69 (1973) S. 120; BGE 97 I 49).

16) Vgl. Giacometti, Kantone, S. 172.

17) Zitiert vorne S. 9.

18) BGE 90 I 29 ff.

19) BGE 97 I 49 und BGE 107 Ia 52 ff. mit Hinweisen.

20) Vgl. die Übersicht über die Rechtsprechung des BGer bei Aubert, Traité, Suppl., Nr. 1753-1757.

21) BGE 103 Ia 369 ff.

22) Vgl. Imboden/Rhinow, S. 332.

23) BGE 96 I 456.

Indessen ist nicht generell ein öffentliches Interesse polizeilicher Natur - wie bei verschiedenen Grundrechtseingriffen - notwendig. Sodann hat das BGE in BGE 102 Ia 321 indirekt das Verhältnismässigkeitsprinzip als selbständiges Grundrecht anerkannt. Indessen scheint mir die Kritik von J.P. Müller ²⁴⁾ am letztgenannten Entscheid gerechtfertigt zu sein.

Diese Arbeit geht jedenfalls von einem punktuellen Grundrechtsverständnis im skizzierten Sinne aus.

1.2.3 Die Europäische Menschenrechtskonvention

Mit der Hinterlegung der Ratifikationsurkunde am 28. November 1974 trat die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten ¹⁾ in der Schweiz in Kraft.

Die EMRK enthält wesentlich detailliertere, aber auch punktuellere Grundrechtsgewährleistungen als die Bundesverfassung oder etwa die Kantonsverfassungen. Das Hauptaugenmerk liegt auf den Garantien der sogenannten ideellen Grundrechte sowie den prozessualen Garantien. ²⁾

In einigen Fällen hat das Bundesgericht der EMRK einen umfassenderen und damit neben der Bundesverfassung eigenständigen Schutz entnommen. ³⁾

In der Regel aber hat es einen weitergehenden Schutz verneint. ⁴⁾

24) In ZBJV 114 (1978) S. 69 und ders., Grundrechtstheorie, S. 138 f.

1) Abgeschlossen am 4. November 1950 in Rom.

2) Vgl. L. Wildhaber, "Die materiellen Rechte der Konvention mit Ausnahme der Art. 5 und 6", in: ZSR 94 Band, I, S. 511 ff.

3) Etwa in BGE 104 Ia 314 zu Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK, BGE 106 Ia 214 zu Art. 6 Ziff. 3 lit. e EMRK; vgl. auch Jörg-Paul Müller in ZBJV 118, 1982, S. 253 ff.; EUGRZ 1979, S. 38.

4) BGE 105 Ia 296 zu Art. 6 EMRK, BGE 106 Ia 35 zu Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK, BGE 106 Ia 140 zu Art. 8 EMRK, BGE 107 Ia 229 zu Art. 10 und 11 EMRK.

Das BGer stellt die Garantien der EMRK in verfahrensmässiger Hinsicht den verfassungsmässigen Rechten gleich, so dass sich der Rechtsweg in gleicher Form vollzieht, wie bei der Anrufung einer verfassungsmässigen Garantie der BV oder einer KV.⁵⁾ Daraus folgt auch, dass die Bundesversammlung bei der Gewährleistung der kantonalen Verfassungen auch die Übereinstimmung mit der EMRK überprüfen muss.⁶⁾

5) Vgl. BGE 101 Ia 67.

6) BGE 104 Ia 221.

2. Die Entwicklung des Grundrechtsverständnisses

Vorbemerkung

Es wurde schon erwähnt, dass neuere kantonale Verfassungen eine Abkehr von der rein negatorischen Deutung der Freiheitsrechte statuieren. Es erscheint damit unumgänglich, auf die Grundlagen der Entwicklung des Grundrechtsverständnisses hinzuweisen. Auch hier allerdings muss die Darstellung knapp und damit unvollständig bleiben. Vorab ist festzustellen, dass sich in der Lehre verschiedene Begriffe herauskristallisiert haben, welche aber nicht immer einheitlich verwendet werden und sich zudem teilweise überlagern.

2.1 Defensives resp. negatorisches oder konstitutives Grundrechtsverständnis ?

Im Rahmen eines rein defensiven resp. negatorischen Grundrechtsverständnisses haben die Freiheitsrechte lediglich Abwehrfunktion gegenüber staatlichen Eingriffen. Sie beinhalten eine Negation staatlicher Zuständigkeit.¹⁾ Darin liegt wohl auch noch heute die zentrale Funktion der Freiheitsrechte.²⁾ Indessen ist heute weitgehend anerkannt, dass die Freiheitsrechtsnormen darüber hinaus objektives Recht, welches das staatliche Handeln insgesamt beeinflusst, enthalten.³⁾ Es wird in diesem Zusammenhang von einem "konstitutiven" (oder "institutionellen" oder "konstitutiv-institutionellen") Grundrechtsverständnis gesprochen.

1) Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, S. 318; BGE 102 Ia 396; 80 II 41; 78 II 31.

2) Häfelin/Haller, N 1090.

3) Vgl. statt vieler: Fleiner/Giacometti, S. 242; J.-P. Müller, Grundrechtstheorie, S. 5; kritisch: Aubert, La garantie constitutionnelle, zit. S. 26 Anm. 27; J.-P. Müller, Grundrechtstheorie, S. 46ff., unterscheidet drei Normschichten eines Grundrechts: den direkt anspruchsbegründenden Gehalt, die programmatische Schicht und die flankierende Funktion bei der einfachen Rechtsanwendung.

Die Freiheitsrechte sollen Grundlage allen staatlichen Handelns sein, quasi als "überdachendes Verfassungsrecht" wirken.⁴⁾ Mit einem rein defensiven Grundrechtsverständnis könne die Freiheit des Bürgers nicht gesichert werden.⁵⁾ Über die Tragweite der objektiven Geltung der Freiheitsrechtsnormen besteht jedoch noch Unklarheit. Das konstitutive Grundrechtsverständnis tritt sodann in zwei Aspekten auf: Es stellt sich die Frage, ob aus den Freiheitsrechten Leistungsansprüche gegenüber dem Staat abgeleitet werden können. Sodann findet sich die Ansicht, die Freiheitsrechte würden auch im Verhältnis der Bürger untereinander Wirkung entfalten.

2.2 Die Freiheitsrechte im Verhältnis Bürger/Staat

Das Bundesgericht hat immer wieder betont, die Freiheitsrechte würden keinen Anspruch auf staatliche Leistung beeinhalteten.¹⁾ In neuerer Zeit ist jedoch eine Abkehr vom reinen Status-Negativus-Gedanken nicht zu verkennen, etwa wenn das BGE erklärt, die Behörden hätten sich bei der Vergabe von Bewilligungen für Versammlungen auf öffentlichem Grund (dem Zugang zu gesteigertem Gemeingebrauch also) nicht nur an das Willkürverbot und an den Grundsatz der Rechtsgleichheit zu halten, sondern darüber hinaus "den besonderen ideellen Gehalt der Freiheitsrechte, um deren Ausübung es geht, in die vorzunehmende Interessenabwägung einzubeziehen".²⁾

4) J.P. Müller, Diss, S.163.

5) Vgl. etwa J.-P. Müller, Grundrechtstheorie, S. 10; Trachsel, S. 74 ff. mit Hinweisen; Saladin, Grundrechte, S. 295.

1) Vgl. zur Eigentumsgarantie: Erschliessungsanspruch verneint: BGE 105 Ia 330; kein Recht auf Bildung aus der Handels- und Gewerbefreiheit: BGE 103 Ia 378; zur Meinungsäusserungs- und Versammlungsfreiheit: BGE 98 Ia 367, 104 Ia 9.

2) BGE 100 Ia 402; vgl. auch den Entscheid des Aargauer Verwaltungsgerichts vom 11. August 1975 in ZBl 77 (1976) S. 41 ff.; in BGE 105 Ia 95 wird von einem bedingten Anspruch auf Gewährung einer Bewilligung gesprochen.

Ein ähnlicher Entscheid liegt auch bezüglich der Handels- und Gewerbefreiheit vor,³⁾ und in den Entscheiden "Rassemblement Jurassien" betonte das BGer, bei der Beeinträchtigung der Meinungsäusserungs- und Versammlungsfreiheit durch Dritte sei die primäre Versammlung zu schützen,⁴⁾ wobei es dabei grundsätzlich um die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung ging. Daneben anerkennt das BGer "akzessorische Leistungen",⁵⁾ die sich auf das Gleichbehandlungsgebot stützen.⁶⁾ Auf die "mittelbar grundrechtsrelevanten Leistungen" wurde schon hingewiesen,⁷⁾ ebenso auf die Ansprüche im Zusammenhang mit der Rechtspflege.⁸⁾ Auch in der Lehre wird zunehmend bejaht, dass aus der Garantie von Freiheitsrechten gewisse Leistungsansprüche gegenüber dem Staat folgen.⁹⁾

2.3 Die Freiheitsrechte im Verhältnis Bürger/Bürger

Soweit das BGer von einem rein defensiven Grundrechtsverständnis ausgeht, kommt es folgerichtig zum Schluss, dass die Grundrechte das Verhältnis der Bürger untereinander nicht normieren.¹⁾ Soweit ein Bürger in die Persönlichkeitsrechte eines anderen eingreift, kommen Art. 27 und 28 ZGB zur Anwendung.²⁾ Die Handels- und Gewerbefreiheit in ihrer Bedeutung als Garantie des freien Wettbewerbs wird vom Kartellgesetz³⁾ ge-

3) BGE 101 Ia 481.

4) BGE 91 I 329, 92 I 34.

5) Trachsel, S. 242 ff.

6) Etwa BGE 103 Ia 399, rechtsgleiche Zulassung zu staatlichen Leistungseinrichtungen.

7) Vgl. vorne S. 28.

8) Vgl. vorne S. 28.

9) Etwa Saladin, Grundrechte, S. 322f.; J.P. Müller, Soziale Grundrechte, S. 158 ff.; Trachsel, u.a. S. 142.

1) Vgl. etwa BGE 78 II 31, 75 II 309, 62 II 100.

2) Vgl. Kaufmann, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Schweiz, EUGRZ 1978, S. 480.

3) Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20.12.1985, SR 251.

schützt. Diese Zuweisung der privatrechtlichen Auseinandersetzung auf rein privatrechtliche Normen wurde vom BGer allerdings nicht konsequent durchgeführt.⁴⁾

Die Frage der Drittwirkung ist durch die neueren Verfassungskodifikationen aktualisiert worden. Allerdings kennen die meisten älteren kantonalen Verfassungen sogenannte "Loskaufrechte", die eindeutig auch auf das Verhältnis der Rechtsgenossen untereinander gerichtet sind, indem sie möglichen Einschränkungen der persönlichen Freiheit⁵⁾ entgegenwirken: so, wenn sie statuierten, dass kein Grundeigentum mit einer nicht loskäuflichen Last belegt werden darf.⁶⁾ In der Literatur wird die horizontale Wirkung der Grundrechte heute vielfach bejaht,⁷⁾ dies freilich in zweifacher Weise differenzierend:

Einmal ist zuerst abzuklären, welche Grundrechte der Drittwirkung überhaupt zugänglich sind. Einzelne Grundrechte (etwa die Petitionsfreiheit) sind gar nicht "drittwirkungsfähig".⁸⁾

Zweitens ist zu unterscheiden zwischen direkter und indirekter Drittwirkung. In der ersten Form wirken die Grundrechte im Horizontalverhältnis unmittelbar.⁹⁾ Bei der indirekten Drittwirkung wird hingegen gefor-

4) Etwa, wenn das BGer erklärt (vor dem Erlass des Kartellgesetzes), der von der Handels- und Gewerbebefreiheit garantierte freie Wettbewerb dürfe nicht durch private Abmachungen ausgeschaltet werden: BGE 86 II 376; vgl. auch BGE 4 S. 434 ff.; 95 II 481 ff., 101 IV 176, 104 IV 11 ff. und hinten S. 98 f.

5) Und auch der Eigentumsfreiheit.

6) Ähnlich auch das Verbot der Sklaverei im XIII. Amendment zur Verfassung der USA; vgl. Huber, Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen, ZSR NF 74 (1955) I, S. 179.

7) Hinweise bei Saladin 407 ff.; J.P. Müller Diss. S. 160 ff.; Rhinow, Der Grundrechtskatalog als Problem des Verfassungsrechts, ZBl 70 (1969) S. 234; Georg Müller, Drittwirkung, S. 233 ff.

8) Vgl. Huber, zit. Anm. 6, S. 188 ff.; G. Müller, Drittwirkung, S. 240; J.P. Müller, Grundrechtstheorie, S. 85.

9) Vgl. G. Müller, Drittwirkung, S. 241 mit Hinweisen auf Vertreter dieser Anschauung; J.P. Müller, Grundrechtstheorie, S. 86.

dert, dass sich die Auslegung der Gesetze (insbesondere der Generalklauseln und der unbestimmten Rechtsbegriffe) an der Verfassung orientiert, die Richter die Gesetze also grundrechtskonform auszulegen haben.^{9a)} Dabei ist auch eine Kombination denkbar, indem der Richter, wenn ersteres wegen Vorliegen einer Lücke praeter legem nicht möglich ist, direkt auf die Grundrechte zurückgreift.¹⁰⁾

Eine dritte, schwächste Variante, besteht darin, dass man nur den Gesetzgeber bei der Normierung von Gesetzen zur Beachtung der Verfassung anhält, dass also die Gesetze im Geiste der Verfassung formuliert werden.

9a) Vgl. G. Müller, S. 241 mit Hinweisen auf Befürworter dieser Variante; J.P. Müller, Grundrechtstheorie, S. 86; Frank, S. 11.

10) G. Müller, Drittwirkung, S. 242; J.P. Müller, Grundrechtstheorie, S. 86.

2. KAPITEL

INHALTSBESTIMMUNG DER KANTONALEN GRUNDRECHTSNORMEN IM HINBLICK AUF MÖGLICHE KONFLIKTSITUATIONEN

Vorbemerkung

Im folgenden Kapitel kann es nicht darum gehen, die Regelungsbereiche der einzelnen, kantonalen Grundrechtsnormen in extenso darzustellen. Die Bestimmung des Inhalts dieser Normen dient nur der Beantwortung der Frage, inwieweit kantonale Grundrechtsnormen bestimmte Fälle gleich oder anders als die Bundesverfassung regeln. Und nur soweit es um die Herausarbeitung dieser Konfliktsituationen geht, wird die Inhaltsbestimmung auch vorgenommen. Dies ist die Grundlage für die Beantwortung der hier eigentlich relevanten Frage: Welche Konstellation ist notwendig, damit sich der Bürger auf ein kantonales Grundrecht berufen kann?

1. Beziehungen der Grundrechte untereinander, Klärung der Begriffe und Situationen

1.1 Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen

Nach gängiger Terminologie liegt eine Grundrechtskonkurrenz dann vor, wenn durch eine Verhaltensweise eines Grundrechtsträgers, "welche sich unter dem Gesichtspunkt des Zweck- und Willenszusammenhangs als einheitlicher Lebensvorgang darstellt, mehrere grundrechtliche Tatbestände erfüllt werden".¹⁾

Eine Grundrechtskollision besteht dann, wenn die Grundrechte mehrerer Grundrechtsträger aufeinanderprallen.²⁾

1) Vgl. Rohrer, S. 16; Berg, S. 134 f.; Bleckmann, S. 275.

2) Vgl. Bleckmann, S. 275; Rohrer, S. 18.

Bei diesen Konstellationen werden regelmässig Grundrechtskonflikte entstehen (bei den Grundrechtskonkurrenzen allerdings nur dort mit praktischen Konsequenzen, wo die Rechtsfolge je nach angewendetem Grundrecht verschieden ausfällt ³⁾), sodass sich jeweils eines der Grundrechte durchsetzen muss.

Diese Phänomene wurden bislang hauptsächlich bei Grundrechten gleicher Gesetzgebungsstufe untersucht. ⁴⁾

In diesem Rahmen muss die Konfliktlösung direkt im Grundrechtsbereich gefunden werden, indem man etwa ein Grundrecht mit stärkerer Wirkung ausstättet. ⁵⁾ Analoge Konkurrenzen und Kollisionen kommen auch zwischen Grundrechten verschiedener Gesetzgebungsstufen vor: Im zu behandelnden Falle zwischen Grundrechten der Bundesverfassung und jenen der kantonalen Verfassungen. Hier werden andere Überlegungen im Vordergrund stehen müssen, und zwar Überlegungen ausserhalb des Grundrechtsbereiches.

1.2 Terminologie des Bundesgerichtes

Das BGer spricht im vorliegenden Sachzusammenhang dann von Konkurrenz, wenn ein kantonales Grundrecht einen weiteren Schutz als das analoge Grundrecht der Bundesverfassung gibt. ⁶⁾ Immer dann, wenn dies nicht der Fall ist, wenn also das kantonale Grundrecht einen identischen oder

3) V.a. wegen Schrankendivergenzen.

4) Für die Schweiz: Rohrer, Beziehungen der Grundrechte untereinander, Diss. Zürich 1982; Venanzoni, Konkurrenz von Grundrechten, in ZSR NF 98 (1979) I, S. 267 ff.; Venanzoni spricht allerdings immer dann von Konkurrenz, wenn bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung eines bestimmten Falles vorerst mehr als nur ein einziges Grundrecht massgebend zu sein scheint, vgl. S. 268 f. Anm. 6.

5) Allerdings findet sich in Deutschland auch die Auffassung, hier lägen nur Scheinprobleme vor. Die Lückenlosigkeit und Widerspruchslosigkeit des Grundrechtskataloges lasse Kollisionen der Rechte gar nicht zu, die Grenzziehung zwischen den einzelnen Rechten sei reine Auslegungsfrage. Noch weniger als in Deutschland (vgl. Bethge, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, S. 5ff.) lässt sich diese These im Schweizerischen Verfassungsrecht aufrechterhalten.

6) Dieser Fall war bis anhin allein zu untersuchen; vgl. BGE 101 Ia 49, 98 Ia 100, 95 I 359.

weniger weitreichenden Schutzbereich aufweist, wird erklärt, das kantonale Grundrecht habe keine selbständige Bedeutung.⁷⁾ Die selbständige Bedeutung muss sich allerdings nicht allein aus dem Inhalt – dem Umfang der geregelten Vorgänge – ergeben, sie kann auch in Regeln über die formell richtige Vorgehensweise bei einer Beschränkung begründet sein.⁸⁾

Das BGer spricht also im hier relevanten Zusammenhang gerade dann von konkurrierender Anwendung, wenn nach der in Ziff. 1.1 vorne genannten Terminologie keine Konkurrenz stattfindet, weil eine genaue Tatbestandsabgrenzung ergibt, dass nur das eine, eben das kantonale Grundrecht, diesen Fall regelt.

Eine Verfeinerung seiner Terminologie drängte sich für das BGer bisher nicht auf. Bei der Untersuchung des Verhältnisses von Grundrechten der kantonalen Verfassungen zur Bundesverfassung war bislang nur die Frage relevant, ob ein kantonales Grundrecht einen erweiterten Schutz vor staatlichen Eingriffen garantiert. Bei den behandelten Fällen waren Kollisionen zwischen den Grundrechtspositionen verschiedener Grundrechtsträger von vornherein nicht zu erwarten.

1.3 Die in dieser Arbeit verwendete Terminologie und die möglichen Situationen

Wenn als Grundlage für die im 3. Kapitel folgenden rechtlichen Erörterungen zunächst eine Inhaltsbestimmung der kantonalen Grundrechtsnormen im Hinblick auf ihr Verhältnis zur Bundesverfassung vorgenommen werden soll, so erweist sich die dargestellte Terminologie für die Beschreibung dieses Verhältnisses m.E. von vornherein als ungeeignet.

Anders als in den in Ziff. 1.1 dargestellten Fällen geht es primär nicht darum, Konflikte zwischen einzelnen Grundrechten bzw. Grundrechtspositio-

7) Vgl. BGE 104 Ia 485, 103 Ia 171, je mit Hinweisen.

8) Vgl. BGE 98 Ia 100.

nen aufzulösen. Es geht vielmehr allgemeiner darum, Konflikte zwischen Normen verschiedener Regelungsstufen aufzulösen.

Die Terminologie des BGer ist in diesem Stadium der Arbeit für die Beschreibung des Verhältnisses zwischen KV-Grundrechtsnormen und BV-Grundrechtsnormen deshalb nicht geeignet, weil sie das Ergebnis der Konfliktlösung teilweise schon vorwegnimmt: Wenn eine kantonale Grundrechtsnorm als selbständig bezeichnet wird, weil sie einen erweiterten Schutzbereich garantiert, so impliziert die Wortwahl schon, dass diese Norm tatsächlich Bestand hat. Dies traf für die bisher vom BGer untersuchten Fälle auch zu; es sei aber vorweggenommen, dass dies nicht immer zutreffen muss.

Um die im behandelten Gebiet des Staatsrechts schon bestehende Begriffsverwirrung nicht noch um eine Variante zu bereichern und um keine Ergebnisse vorwegzunehmen, wird hier zunächst auf die dargelegten Begriffe verzichtet.

Wenn im folgenden Kapitel zur Herausschälung der möglichen Konfliktsituationen das Verhältnis der genannten Grundrechte zueinander dargestellt werden soll, so werde ich rein beschreibend vorgehen.

Folgende Situationen sind möglich:

- a) Ein kantonales Grundrecht garantiert ein "Mehr" als das analoge⁹⁾ Grundrecht der Bundesverfassung. Das "Mehr" kann in einem erweiterten Schutz vor staatlichen Eingriffen, aber auch in einem erweiterten Leistungsanspruch liegen: Der Anwendungsbereich ist erweitert. Ob dieses "Mehr" tatsächlich durchsetzbar ist, wird im 3. Kapitel zu behandeln sein.
- b) Auch wenn im Wortlaut nicht unbedingt übereinstimmend, können sich kantonale und analoge Bundesverfassungsgrundrechte inhaltlich decken, die kantonalen Normen wiederholen die Garantie der analogen Bundesverfassungsrechte.
- c) Kantonale Grundrechte können ein "Weniger" als das analoge Bundesverfassungsgrundrecht garantieren.

9) - wenn auch nicht unbedingt gleich bezeichnete -

2. Der Inhalt der einzelnen Grundrechte

2.1 Vorbemerkung

Zu Beginn der Inhaltsbestimmung steht die Festlegung der Rechtsfindungsmethode. Da sich diese Arbeit mit denjenigen Konfliktsituationen beschäftigen soll, die aufgrund der gegenwärtigen Gerichtspraxis praktisch vorkommen und allenfalls durch den Einfluss der Literatur praktisch werden können, ist es sinnvoll, sich an den bisher geübten Rechtsfindungsmethoden zu orientieren. Indessen ist dargestellt worden, dass sich diese Methoden auch in der bestehenden Gerichtspraxis einer ausserordentlichen Vielfalt erfreuen, und dass die Wahl der Auslegungsmethode jeweils vom Einzelfall abhängt. Es wäre nun einigermaßen sinnlos, die einzelnen kantonalen Grundrechte, deren aktueller Stand in der Praxis mangels behandelter Fälle vielfach nicht feststellbar ist, anhand all dieser Varianten auszulegen und so ihren Inhalt zu gewinnen. Zumal die mangelnde Praxis ja vor allem einen Grund hat: Die kantonalen Grundrechte werden dort, wo zumindest dem Wortlaut nach eine ähnliche Garantie in der Bundesverfassung besteht, kaum mehr angerufen. Dies weist darauf hin, dass sie in der Überzeugung der Rechtsuchenden keine Bedeutung mehr haben. Solches darf allerdings nicht einfach zu der Feststellung führen, dass ihnen auch tatsächlich keine Bedeutung mehr zukommt.

Andererseits lassen sich die dargestellten Konfliktsituationen vor allem an den in den neuesten Kodifikationen erscheinenden Grundrechtskatalogen zur Genüge aufzeigen.

Im Sinne der Beschränkung auf das Wesentliche werde ich mich bei der Inhaltsbestimmung der Grundrechte an folgenden Grundsätzen orientieren:

- a) Soweit eine reiche Praxis zu den einzelnen Grundrechtsgarantien besteht, was für jene der Bundesverfassung und einzelne, früher "selbständige" Grundrechte der Kantonsverfassungen gilt, werde ich diese für die Inhaltsbestimmung heranziehen und i.d.R. darauf verzichten, durch Anwendung der einen oder anderen Rechtsfindungsmethode nach allenfalls erweiterten Inhalten zu forschen. Bei vielen Grundrechten, man denke etwa an die Meinungsäusserungsfreiheit oder die persönliche Freiheit, wäre dies auch kaum erfolgversprechend, sind erweiterte In-

halte doch kaum denkbar, jedenfalls wenn man bei letzterem Beispiel von einer allgemeinen Handlungsfreiheit absieht.

Ich werde jedoch dort, wo die Praxis der Gerichte eine Kritik erfahren hat, oder sie m.E. vom Ergebnis her erfahren müsste, darauf hinweisen.

- b) Wo zu den kantonalen Grundrechten keine oder praktisch keine Praxis besteht, werde ich in der Regel vom Wortlaut der Bestimmungen ausgehen, mich also auf das grammatische Auslegungselement unter Einbezug von systematischen und logischen Argumenten beschränken, dies auf der Grundlage der objektiv-historischen Auslegungsmethode. Oft zeigt sich eine fast wörtliche Übereinstimmung mit dem analogen Grundrecht der BV, zuweilen gar ein Verweis auf diese.
- c) Da eine Konkretisierung der einzelnen Grundrechtsgarantien nur fallbezogen und nicht abstrakt erfolgen kann,¹⁾ wird darauf verzichtet, einen weitergehenden Konkretisierungsversuch zu unternehmen. Immerhin wird sich zuweilen die Frage stellen, ob dort, wo eine wesentliche Konkretisierung bundesrechtlicher Garantien erfolgt ist, diese tel quel auf die gleichlautenden kantonalen Garantien zu übertragen ist.
- d) Bei den neueren Kodifikationen, in denen eindeutig eine Weiterung der Grundrechtsgarantien angestrebt wurde, also v.a. bei den Kantonsverfassungen von Aargau, Basel-Landschaft, Solothurn und Jura, ist es allerdings sinnvoll, nicht nur die objektiv-historische Auslegungsmethode - die sich wegen der Kürze des verfloßenen Zeitraumes mit der objektiv-geltungszeitlichen Methode vom Ergebnis her praktisch decken wird - anzuwenden, sondern darüber hinaus im Sinne der subjektiv-historischen Methode nach den Intentionen des Gesetzgebers zu fragen, also auf die Materialien zurückzugreifen. Denn dies vor allem ist ja interessant: Inwieweit sind die Intentionen der kantonalen Gesetzgeber im Rahmen der Bundesverfassung überhaupt zu verwirklichen?

1) Vgl. J.P. Müller, Grundrechtstheorie, S. 89, der auf die Unmöglichkeit einer endgültigen begrifflichen Festlegung hinweist; Kriele, S. 225 f.

Die Darstellung des Inhaltes der einzelnen Grundrechte erfolgt in verschiedenen Stufen:

Zunächst werden die Freiheitsrechte in ihrer Funktion als Schutz vor staatlichen Eingriffen, dann die Wirkung der Grundrechte unter Privaten und zuletzt die Leistungsansprüche aus den Freiheitsrechten zusammen mit den eigentlich anspruchsbegründenden Grundrechten behandelt. Wohl ist dem Verfasser bewusst, dass sich diese Aspekte grundsätzlich nicht voneinander trennen lassen. Indessen ist das primäre Ziel dieser Inhaltsbestimmung der Vergleich, und dieser Vergleich wird, aufgrund der verschiedenartigen Konstruktion der Grundrechts"kataloge" in den einzelnen Verfassungen, nur durch diese Vorgangsweise ermöglicht, soweit man viele unnütze Wiederholungen vermeiden will.

2.2 Allgemeine Freiheitsgarantien und allgemeine Beschränkungsvoraussetzungen

2.2.1 Allgemeine Freiheitsgarantien

Die Verfassungen von Appenzell-Innerhoden,¹⁾ Nidwalden,²⁾ und Obwalden³⁾ stellen dem Katalog der einzelnen Freiheitsrechte eine allgemeine Freiheitsgarantie voran.⁴⁾ Dem Wortlaut nach wird man diesen Bestimmungen entnehmen müssen, dass hier eine wirklich umfassende Freiheitsgarantie im Sinne Giacomettis⁵⁾ gemeint ist. Zumal NW 1 und OW 13 die dort aufgezählten - es sind alle Grundrechte, die bisher im Rahmen der BV anerkannt wurden - "insbesondere" gewährleisten.

-
- 1) AI 2: "Durch die Verfassung ist grundsätzlich volle Freiheit anerkannt ..."
 - 2) NW 1: "Die Freiheit und die Würde des Menschen sind unverletzlich".
 - 3) OW 10: "Persönlichkeit, Würde und Freiheit des Menschen sind unverletzlich".
 - 4) Hangartner, Grundrechte, erwähnt hier auch Art. 8 KV JU; vgl. allerdings hinten S. 55.
 - 5) Vgl. vorne S. 28.

Die Materialien sind allerdings, wo überhaupt vorhanden,⁶⁾ wenig aufschlussreich. Man muss aber doch bei einer weitgehenden Interpretation zur Vorsicht mahnen. Einmal ist es offensichtlich, dass es sich bei all diesen Bestimmungen um einen Ingress handelt, der zunächst in allgemeiner und sicher auch deklaratorischer Weise den Grundsatz festhält, wie man dies bei anderen Verfassungen etwa in der Präambel findet. Dabei sei nicht verkannt, dass es nicht dasselbe ist, ob dieser Grundsatz in der als programmatisch einzustufenden Präambel steht oder im Rahmen der durchaus rechtsgewährenden Grundrechte. Nur darf man davon ausgehen, dass diese in ihrer Haltung traditionell eher konservativen Kantone kaum über die von der Bundesverfassung garantierte Freiheitssphäre hinausgehen wollten.⁷⁾ Dies trifft jedenfalls auf die Verfassungen der Kantone Nidwalden und Obwalden zu, die zu einer Zeit entstanden sind, als das BGER die Existenz von ungeschriebenen Grundrechten schon anerkannt hatte. Zudem ist zu bedenken, dass eine solche generelle Freiheitsgarantie einer Weiterentwicklung der Grundrechte hinderlich ist und die Grundrechtsidee überhaupt verwässert.⁸⁾ Immerhin ist die Annahme, dass diese Bestimmungen eine allgemeine Handlungsfreiheit statuieren,⁹⁾ aufgrund ihres Wortlautes zweifellos nicht falsch. Dasselbe gilt für JU 8, wo zunächst die persönliche Freiheit allgemein und die folgenden Garantien "notamment" aufgezählt werden.

Auch gemäss BL 6 Abs. 2 sind die aufgezählten Freiheitsgarantien "insbesondere" gewährleistet. Hier fehlt indessen eine allgemeine Freiheitsgarantie. Diese Bestimmung drückt damit m.E. nur aus, dass es in Zukunft nötig werden könnte, den Katalog zu ergänzen.

-
- 6) Dies hat bei den Verfassungen von NW und OW seinen Grund darin, dass die Grundrechtsgarantien gar nicht der Anlass für die Totalrevision darstellten und deshalb auch keine vertiefte Aufmerksamkeit erfuhren. In der Tat wurde in beiden Fällen der Grundrechtsteil des Verfassungsentwurfs von Imboden für die Verfassung des Kantons Basel praktisch in globo übernommen.
- 7) Dies ergibt sich auch aus Gesprächen mit zwei Mitgliedern der Nidwaldner Redaktionskommission.
- 8) Vgl. J.P. Müller, Grundrechtstheorie, S. 18; Schlussbericht der Arbeitsgruppe Wahlen, S. 74.
- 9) So Hangartner, Freiheitsgarantie, S. 341.

Gemäss AG 9, BL 5, JU 7, UR 10 und SO 6 ist die Menschenwürde generell unantastbar; diese Garantie ist indessen in der persönlichen Freiheit und in anderen Grundrechten enthalten.¹⁰⁾

2.2.2 Allgemeine Beschränkungsvoraussetzungen

Soweit die Freiheitsrechte einen Abwehranspruch gegenüber dem Staat begründen,¹⁾ kann die Freiheit trotzdem nicht unbeschränkt sein. Dies kann als allgemein anerkannt vorausgesetzt werden, auch wenn sich die Schranken nur ausnahmsweise dem Verfassungstext selbst entnehmen lassen.²⁾ Man kann diesbezüglich nun zwei verschiedene Konzeptionen verfolgen:

Entweder betrachtet man diese Schranken allgemein als Limitierung des Inhalts – die Garantie geht also nur soweit, als nicht die Schranken den Inhalt begrenzen³⁾ – oder man geht davon aus, dass die Schranken

10) Vgl. hinten S. 51.

- 1) Bei anderen Aspekten der Grundrechte stellt sich das Problem der Schranken im hier dargestellten Sinne nicht; vgl. Bleckmann, S. 227.
- 2) Vgl. etwa Aubert, *Traité*, Nr. 1778, S. 633; Huber, *Grundrechte und Polizeigewalt*, ZBl 53 (1952) S. 223 ff.; Fleiner/Giacometti, S. 246 ff.
- 3) Vgl. G. Müller, *Privateigentum heute*, S. 42 ff., als Konsequenz des dort vertretenen Grundrechtsverständnisses. Diese Konzeption mag tatsächlich sinnvoller sein, wo die Umschreibung des Gehaltes eines Grundrechts erst von der Gesetzgebung vorgenommen werden muss. So wird der Begriff "Eigentum" erst von der Gesetzgebung definiert, ebenso was im Zusammenhang mit der Ehefreiheit als "Ehe" verstanden werden muss. Vgl. auch Hangartner, *Grundrechte*, S. 73 f., welcher in diesem Zusammenhang von "institutionell eingebundenen Freiheiten" spricht. Aber auch hier existiert ein Kern von Freiheit, der von der konkretisierenden Gesetzgebung nicht angetastet werden darf.

nicht den Inhalt, sondern nur die Ausübung der Freiheitsgarantien in bestimmten Fällen begrenzen.⁴⁾

In dieser Arbeit wird die letztgenannte Konzeption übernommen.^{5/6)} Sie erweist sich als praktikabler und entspricht auch der Darstellung in den allermeisten Lehrbüchern.

Nun wird man kaum einen generellen Schrankenbegriff aufstellen können, sind doch die Schranken immer individuell, bezogen auf ein bestimmtes Grundrecht in einem bestimmten Fall, zu begründen. Immerhin haben Lehre und Praxis einige Bedingungen herausgearbeitet, denen ein Grundrechtseingriff immer genügen muss:

- a) Zunächst ist der Grundrechtseingriff nur dann rechtmässig, wenn er im öffentlichen Interesse geboten ist.⁷⁾ Jedoch genügt nicht bei jedem Grundrechtseingriff ein öffentliches Interesse schlechthin. Vielfach ist die Beschränkung nur dann zulässig, wenn die öffentliche Ordnung, m.a.W. die Polizeigüter Sicherheit, Sittlichkeit, Gesund-

-
- 4) Diese Auffassung findet sich etwa in der Neubearbeitung Giacomettis des Werkes von Fleiner, S. 246, ist aber auch die Konzeption des Bundesgerichtes, was klar in BGE 96 I 219 zum Ausdruck kommt. Eine differenzierte Konzeption findet sich bei J.P. Müller, Grundrechtstheorie S. 96ff.: Wo es indessen um einen reinen Abwehranspruch geht, folgt auch er der Konzeption des BGer, zeigt dann aber auf, dass - wie schon erwähnt - die Schrankenidee nicht auf alle Grundrechtsaspekte übertragen werden kann. Sie funktioniert nur dort, wo der Abwehranspruch aus einem klassischen oder sonst erhärteten Grundrechtsanspruch in Frage steht, nicht aber, wenn es etwa um die von der persönlichen Freiheit auch geschützten Bedürfnisse des Gefangenen oder um den aus Art. 4 BV abgeleiteten Anspruch auf rechtliches Gehör geht.
 - 5) Bleckmann, S. 228 ff. weist auf die wesentliche Problematik der inhaltlichen Beschränkung hin.
 - 6) Unter Berücksichtigung der vorne in Anm. 3 erwähnten Problematik.
 - 7) Vgl. Fleiner/Giacometti, S. 246; zur persönlichen Freiheit vgl. etwa BGE 95 I 360; zur Eigentumsgarantie vgl. etwa BGE 104 Ia 126 E. 2a.

heit und guter Glauben bedroht sind.⁸⁾ Diese Aufzählung ist nicht abschliessend. Auch erträgt beispielsweise die Handels- und Gewerbefreiheit keine Beschränkungen wirtschaftspolitischer Natur, sofern solche nicht in der Bundesverfassung selbst statuiert sind, selbst wenn diese im öffentlichen Interesse wären.⁹⁾ Man kann nun die Güterabwägung zwischen öffentlichem und privatem Interesse schon hier vornehmen, indem man das Bestehen eines überwiegenden öffentlichen Interesses fordert.¹⁰⁾ Dies beinhaltet schon einen Teil der Verhältnismässigkeitsprüfung (hinten lit. c).

- b) Ein Grundrechtseingriff kann nur auf gesetzlicher Grundlage erfolgen, wobei in der Regel ein Gesetz im materiellen Sinne, eine kompetenzgemässe Verordnung der Exekutive etwa, genügt.¹¹⁾ Für schwere Grundrechtseingriffe verlangt das BGer eine "klare gesetzliche Grundlage", also eine hinreichend bestimmte Norm in einem Gesetz formeller Natur.¹²⁾ Allerdings muss sich eine Verordnung der Exekutive nach allgemeinen Grundsätzen an den Rahmen der Delegation halten.

8) Vgl. Aubert, Traité Nr. 1758 ff.: dies gilt vor allem für die sog. ideellen Grundrechte; vgl. bez. Glaubens- und Gewissensfreiheit: BGE 97 I 230; bez. Pressefreiheit: BGE 96 I 589. Hier sind aber durchaus auch andere "Beschränkungen" denkbar; etwa durch das Strafrecht, welches ja nicht nur polizeiliche oder überhaupt öffentliche Interessen schützt, so etwa BGE 104 IV 12 ff., oder durch Art. 28 ZGB, vgl. BGE 95 II 492 ff. (Club Méditerranée). Hier stehen aber oftmals andere Gesichtspunkte im Vordergrund, v.a. die Frage, inwieweit Grundrechte unter Privaten wirken können, s. dazu hinten 97ff.

9) Vgl. etwa BGE 103 Ia 592 m.w.H. und hinten S. 85.

10) Vgl. den Text des VE für die Totalrevision der Bundesverfassung, Art. 23 und hinten S. 49.

11) Aubert, Traité, Nr. 1771; Fleiner/Giacometti, S. 247; Häfelin/Haller, S. 336 f.; vgl. auch Haller, Persönliche Freiheit, S. 110, zur gesetzlichen Grundlage bei Eingriffen in die persönliche Freiheit. Gemäss BGE 107 Ia 49 bedarf der Eingriff in die Pressefreiheit einer "genügenden" gesetzlichen Grundlage. Zur persönlichen Freiheit: BGE 99 Ia 266 ff.; Richtplan als Voraussetzung zum Eingriff in die Eigentumsgarantie: BGE 110 Ia 164 ff. Mit Ausnahme des Falles der polizeilichen Generalklausel muss allerdings die verordnungsberechtigte Behörde ihre Kompetenz aus einem Gesetz im formellen Sinn schöpfen: BGE 109 Ia 122 zu Art. 31 BV; vgl. auch BGE 111 Ia 234 ff.

12) Vgl. zur persönlichen Freiheit BGE 99 Ia 267 ff. und die Zusammenstellung bei Hangartner, Grundrechte, S. 79.

- c) Überdies muss der Eingriff verhältnismässig sein,¹³⁾ d.h. er muss erforderlich und geeignet sein und das öffentliche Interesse am Eingriff muss das betroffene private Interesse überwiegen (Verhältnismässigkeit im engeren Sinn).
- d) In verschiedenen Entscheiden hat das BGer die auch von der Literatur grundsätzlich bejahte These entwickelt, dass, selbst wenn vorstehende Bedingungen erfüllt sind, der Eingriff trotzdem unzulässig ist, falls er in den unantastbaren Kern des entsprechenden Grundrechts eingreift.¹⁴⁾ So erklärt das BGer in BGE 98 Ia 514 (Organtransplantation), das Recht auf Leben ertrage keinerlei Beschränkungen, ein Eingriff in dieses berühre den absolut geschützten Kern und sei somit "verfassungsrechtlich undenkbar". Wie indessen Aubert¹⁵⁾ aufzeigt hat, trifft dies - auch abgesehen vom Militärstrafrecht, wo die Todesstrafe für einzelne Delikte unter bestimmten Voraussetzungen nach wie vor zulässig ist (vgl. Art. 61 Ziff. 2, Art. 63 Ziff. 2 und Art. 75 Abs. 3 MStGB) - offensichtlich nicht zu: Verschiedene Pflichten, die der Bürger dem Staat gegenüber hat, beinhalten durchaus das Risiko, das Leben zu verlieren. So etwa die Wehrpflicht (auch zu Friedenszeiten, wie die Unfälle immer wieder zeigen) oder die Feuerwehrpflicht.

13) Vgl. im einzelnen etwa J.P. Müller, Grundrechtstheorie, S. 119 und 132 ff. und BGE 96 I 589, 99 Ia 26, 104 Ia 126; Aubert, Traité, Suppl., Nr. 1758-1774 lit. C, verlangt allgemein, dass Grundrechtseingriffe den "grandes règles du libéralisme" genügen müssen, so etwa auch dem Prinzip von Treu und Glauben. Diese Prinzipien sind allerdings vom BGer als eigene Grundrechte im Rahmen von Art. 4 BV ausgestaltet worden (vgl. etwa bez. dem Prinzip von Treu und Glauben: BGE 94 I 513 ff. und Imboden/Rhinow, S. 454 ff., sowie zum Rückwirkungsverbot: BGE 77 I 183 ff. und Imboden/Rhinow, S. 104 ff. zu den Ausnahmen). Materiell kommt dies an sich auf dasselbe hinaus, nicht aber prozessual. Denn bei einer staatsrechtlichen Beschwerde an das BGer ist der Rechtsgrund zu nennen resp. dieser muss aus der Beschwerdeschrift klar hervorgehen: Das verletzt geglaubte Grundrechte muss mindestens indirekt genannt sein, ansonsten unterbleibt eine Behandlung. Vgl. dazu Art. 90 Abs. 1 lit. b OG und Marti Nr. 249 ff.

14) Vgl. zur Eigentumsgarantie BGE 88 I 255 (Dafflon), zur persönlichen Freiheit BGE 90 I 37 (Castella).

15) Aubert, Traité, Suppl. Nr. 1758-1774.

Man muss sich schon fragen, ob diese Kerngehaltstheorie wirklich mehr beinhaltet als eine strikte Anwendung der Güterabwägung und letztlich eben die Folge der Erkenntnis ist, dass es in den meisten Fällen ein so grosses öffentliches Interesse, dass jenes des Privaten, sein Leben zu schützen, zurückstehen muss, gar nicht geben kann.¹⁶⁾ In anderen Bereichen, bei den sog. "institutionell eingebundenen" Freiheiten,¹⁷⁾ scheint mir allerdings das Prinzip vom unantastbaren Kern nach wie vor unverzichtbar zu sein. BL 15, UR 14 Abs. 4 und SO 21 Abs. 2 normieren die Kerngehaltsgarantie ausdrücklich.

Diese skizzierten Bedingungen wendet das BGer - entgegen der früheren Praxis, nur die gesetzliche Grundlage zu überprüfen¹⁸⁾ - unabhängig davon an, ob ein Eingriff in ein Grundrecht einer kantonalen Verfassung oder der Bundesverfassung zur Debatte steht.

BL 14, JU 13, UR 14 und SO 21 nehmen diese Praxis auf und bestimmen, dass Grundrechtseingriffe nur auf gesetzlicher Grundlage bei überwiegendem öffentlichen Interesse vorgenommen werden dürfen. Die Güterabwägung wird hier jedenfalls schon bei der Überprüfung des öffentlichen Interesses vorgenommen, was materiell nichts Neues bringt.¹⁹⁾ Hingegen geht aus den Materialien zu JU 13 klar hervor, dass nur Gesetze im formellen Sinn als Eingriffsgrundlagen genügen sollen.²⁰⁾ BL 15, SO 21, UR 14 behalten Eingriffe ohne gesetzliche Grundlage bei ernster, unmittelbarer und offensichtlicher Gefahr vor. AG 8 bestimmt, dass Grundrechte nur einge-

16) Aubert, Traité, Suppl. Nr. 1758-1774; auch die Volksinitiative "Recht auf Leben" (BB1 1979 I/1 S. 139 f.) beinhaltete eine wesentlich offenere Formulierung als jene des BGer: vgl. Abs. 3 des vorgeschlagenen Verfassungsartikels.

17) Vgl. vorne Anm. 3.

18) Nachweise s. bei der Behandlung der persönlichen Freiheit sowie der Eigentumsgarantie, s. vorne S. 9 und hinten S. 89.

19) S. vorne bei Anm. 10.

20) Soweit natürlich Grundrechtseinschränkungen durch kantonale Gesetze vorliegen, vgl. Projet, S. 18, Journal officiel Nr. 4, S. 7: Bericht-erstatteur Fridez erklärte "cette limitation doit cependant être ... prescrite dans une loi sujette au référendum facultatif". Vgl. auch Aubert, Traité, Suppl. Nr. 1755, Anm. 3.

schränkt werden dürfen, soweit das Bundesrecht oder die Kantonsverfassung dies zulassen. Bezüglich des Wortes "oder" besteht offensichtlich eine redaktionelle Ungenauigkeit. Soweit es um die Einschränkung eines auch in der Bundesverfassung garantierten Grundrechtes geht, müssen die Voraussetzungen nicht alternativ, sondern kumulativ erfüllt sein. In der Tat sind die nach KV AG geltenden Schrankenvoraussetzungen gleich wie jene gemäss der Bundesverfassung oder aber strenger.²¹⁾ Ist aber ein Grundrecht nur in der kantonalen Verfassung garantiert, so kann diese m.E. auch die Einschränkungsvoraussetzungen selbständig definieren, d.h. auf die kumulative Anwendung der obgenannten Voraussetzungen verzichten, soweit sich diese nicht zu einem eigenen Grundrecht verdichtet haben.²²⁾ Nur in diesem Bereich hätte dieses "oder" dann einen Anwendungsbereich. Es liegt jedoch nahe, anzunehmen, dass hier nur eine ungenaue Formulierung gewählt wurde.

Besondere Beschränkungen können sich im Rahmen besonderer Lebensbereiche oder im Rahmen besonderer Tätigkeiten ergeben. Dies trifft etwa für Personen in einem Sonderstatusverhältnis zu. Dabei dürfen aber die Beschränkungen nicht weiter gehen, als es dieses spezielle Verhältnis erfordert.²³⁾

Diesen Gedanken nehmen AG 8 Abs. 2, BL 15 Abs. 2, UR 14 Abs. 2 und SO 21 Abs. 3 auf. Die Grundrechte von Personen in einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis dürfen nur soweit eingeschränkt werden, als es das öffentliche Interesse erfordert, welches diesem Abhängigkeitsverhältnis zugrunde liegt.

21) Hinsichtlich der formellen Voraussetzungen, vgl. AG 21 Abs. 3.

22) So das Legalitätsprinzip und allenfalls das Verhältnismässigkeitsprinzip, vgl. vorne S. 30.

23) Vgl. etwa BGE 101 Ia 150 ff.

2.3 Freiheitsrechte

2.3.1 Die persönliche Freiheit

2.3.1.1 Garantie in der Bundesverfassung

Die Garantie der persönlichen Freiheit anerkennt das BGer seit BGE 89 I 92 ff. als ungeschriebenes Grundrecht der Bundesverfassung. Zunächst als Garantie der Bewegungsfreiheit gesehen, erfuhr dieses Grundrecht rasch eine Ausdehnung in Richtung der schon erwähnten allgemeinen Handlungsfreiheit.¹⁾ Einschränkung gegenüber dieser Rechtsprechung garantiert die persönliche Freiheit nach neuerer und vielfach bestätigter Rechtsprechung "alle elementaren Erscheinungsformen der menschlichen Persönlichkeit, die nicht durch andere Freiheitsrechte der Bundesverfassung gewährleistet sind",²⁾ resp. "alle Freiheiten, die elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung des Menschen darstellen".³⁾ Die persönliche Freiheit stellt mithin ein eigentliches "Auffangfreiheitsrecht"⁴⁾ - allerdings nur punktuell Freiheit gewährleistend und subsidiärer Natur - dar, das auf die Persönlichkeit und die Würde des Menschen gerichtet ist, begrenzt auf die elementaren Bedürfnisse.⁵⁾ Sie enthält im einzelnen die Garantie der Bewegungsfreiheit, der körperlichen Integrität, der geistigen Unversehrtheit, der Menschenwürde⁶⁾ sowie - nach neuester Rechtsprechung - das Recht auf Intimsphäre.⁷⁾

- 1) BGE 90 I 29 ff. "Il faut aussi qu'elle protège l'homme contre les atteintes qui tendraient, par un moyen quelconque à restreindre ou supprimer la faculté, qui lui est propre, d'apprécier une situation donnée et de se déterminer d'après cette appréciation": vgl. die Kritik bei Huber, Die Persönliche Freiheit, S. 113 ff.
- 2) BGE 106 Ia 34.
- 3) BGE 107 Ia 52 ff. mit Hinweisen.
- 4) Die vielfach verwendete, allgemeinere Bezeichnung "Auffanggrundrecht" stiftet m.E. nur Verwirrung.
- 5) Ausdrückliche Ablehnung der allgemeinen Handlungsfreiheit; vgl. etwa BGE 107 Ia 52 ff.; vgl. auch vorne S. 28.
- 6) Vgl. BGE 111 Ia 233, wobei allerdings alle Grundrechte, je in ihrem Bereich, den Schutz der Menschenwürde beinhalten; vgl. Hangartner, Grundrechte, S. 95.
- 7) BGE 107 Ia 151 und 52 ff.; noch ablehnend BGE 104 Ia 40; vgl. auch EMRK 8 und eingehend: Schrepfer, Datenschutz und Verfassung, Diss. Bern 1985, insb. S. 31 ff. u. S. 62 ff.

Träger dieses Freiheitsrechtes sind alle Menschen, unabhängig von ihrem Alter oder ihrer Nationalität.⁸⁾ Eingriffe in die persönliche Freiheit können zu staatlichen Fürsorgepflichten führen, etwa zugunsten von Gefangenen.

2.3.1.2 Garantien in den Kantonsverfassungen

Die Garantie der persönlichen Freiheit ist einzig in den Kantonsverfassungen von Basel-Stadt⁹⁾ und Tessin nicht erwähnt. BS 3 Abs. 1 und TI 5 schützen allerdings vor ungesetzlichen Verhaftungen, BS 10 verweist überdies auf die allgemeinen Bestimmungen der Bundesverfassung und inkorporiert die Garantie der persönlichen Freiheit auf diese Weise.

OW 13 und NW 1 garantieren die körperliche Unversehrtheit sowie die Bewegungsfreiheit, daneben ist in OW 12 und NW 4 der Schutz vor ungesetzlichen Verhaftungen, in OW 12 desgleichen der Schutz vor ungesetzlichen Eingriffen in die Privatsphäre, festgelegt. Darüber hinaus enthalten beide Kantonsverfassungen allenfalls eine umfassende Freiheitsgarantie.¹⁰⁾

JU 8 gewährleistet das Recht auf Leben, körperliche und geistige Unversehrtheit. UR 12 lit. a dasselbe und zusätzlich die Bewegungsfreiheit sowie die Privatsphäre im vorgenannten Sinne; AG 15, BL 6 lit. a,f,g, SO 8 erklären die persönliche Freiheit im vorgenannten Sinne mit Einschluss der Privatsphäre für unverletzlich, daselbst ist auch der Schutz vor Datenmissbrauch angesprochen.¹¹⁾ Alle anderen Kantonsverfassungen haben die Formulierung "die persönliche Freiheit ist gewährleistet" gewählt.¹²⁾ Sodann garantieren die meisten Kantonsverfassungen

8) Vgl. BGE 98 Ia 99, EMRK 5, 8; allerdings ist kontrovers, wann das Leben beginnt.

9) Vgl. aber BGE 89 I 98.

10) NW 1, OW 10, vgl. dazu vorne S. 43 f.

11) U.a. in SO 8 findet sich auch die Garantie des Post- und Fernmeldegeheimnisses.

12) AI 2, AR 11, BE 73, FR 3, GE 3, GL 5, GR 9, JU 8, LU 5, NE 7, SG 30, SH 8, SZ 5, TG 9, VD 4, VS 4, ZG 8, ZH 7.

in diesem Zusammenhang bestimmte Rechte im Strafverfahren, so den Schutz vor ungesetzlichen Verhaftungen und den Schutz des Verhafteten.¹³⁾

Viele Verfassungen sehen auch finanzielle Entschädigungen als Folge einer ungesetzlichen Verhaftung vor,¹⁴⁾ BL 13 Abs. 3 sowie SO 8 Abs. 3 allgemein bei unbegründeter schwerer Beschränkung der persönlichen Freiheit. Eine ausserordentlich umfangreiche Regelung der Garantien der persönlichen Freiheit im Verhaftungsfall kennt die Genfer Verfassung.¹⁵⁾

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass jene Verfassungen, welche den Grundsatz der persönlichen Freiheit ausdrücklich nennen, dieselben oder ähnliche Formulierungen verwenden wie das BGer im Zusammenhang mit der ungeschriebenen Garantie der Bundesverfassung und in direktem Zusammenhang¹⁶⁾ damit mehr oder weniger umfangreiche strafprozessuale Normen aufstellen.

Auf die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts zu diesen kantonalen Garantien wurde schon hingewiesen.¹⁷⁾

Seit der Anerkennung der persönlichen Freiheit als ungeschriebenes Grundrecht der Bundesverfassung findet sich in der Rechtsprechung des BGer nur in Einzelfällen eine Auseinandersetzung mit dem Gehalt der kantonalen Garantien der persönlichen Freiheit. Das BGer beschränkt sich in der Regel darauf festzustellen, der kantonalen Garantie komme keine selbstän-

13) So ist jener innert bestimmter Frist zu vernehmen:

in der Regel sofort: ZG 8;

innert 24 Stunden: AG 23, BL 9, JU 10, NW 4, SO 19, VD 4;

innert 48 Stunden: SH 8 Abs. 3;

innert 3 Tagen: NE 7 Abs. 2;

innert 24 Stunden dem Untersuchungsrichter zuzuführen: GE 15 Abs. 3;

innert 24 Stunden dem kompetenten Richter zuzuführen: TI 5;

14) AG 23, AR 11, BE 73, GE 36 (mindestens Fr. 150.- pro Tag), GL 5, JU 10, LU 5, NW 4, OW 12, SG 30, SH 8, TG 9, VS 4, ZG 8, ZH 7.

15) Art. 12 ff.

16) Der strikte systematische Zusammenhang findet sich nicht in den Verfassungen von Genf, Aargau, Jura, Appenzell-Innerrhoden, Nidwalden, Obwalden, Basel-Landschaft, Uri und Solothurn.

17) Vgl. vorne S. 9.

dige Bedeutung zu.¹⁸⁾ Dem ist - mit noch zu behandelnden Ausnahmen - in dem Sinne zuzustimmen, dass die kantonalen Normen kein "Mehr" an Freiheit garantieren. Dies beantwortet aber noch nicht die Frage, ob sie allenfalls weniger weit gehen.

M.E. darf dort, wo - wie dargestellt - systematisch der enge Zusammenhang mit der Garantie der physischen Freiheit besteht, die Definition der persönlichen Freiheit gemäss BV nicht einfach auf die kantonalen Verfassungsnormen übertragen werden. Historisch betrachtet, und dies zeigt die Rechtsprechung trotz allen Weiterungen ebenso wie die ältere Literatur deutlich, wurde dieses Freiheitsrecht als Garantie der physischen Freiheit angesehen.¹⁹⁾

Anders allerdings bei den neueren Verfassungen, welche die persönliche Freiheit im Bewusstsein der wesentlich weiteren Betrachtungsweise garantieren - und dann auch den erwähnten systematischen Zusammenhang nicht mehr aufweisen. Soweit diese Verfassungen den Grundsatz der Menschenwürde enthalten,²⁰⁾ haben sie kaum weitergehende Bedeutung, ist doch dieser Grundsatz auch als in der Bundesverfassung geltend anerkannt.²¹⁾ Einen eindeutig erweiterten Schutz der persönlichen Freiheit im strafprozessualen Bereich bietet die Verfassung des Kantons Genf.

Nun verdienen die Verfassungen der Kantone Aargau, Basel-Landschaft, Jura, Uri und Solothurn noch eine spezielle Betrachtung. Soweit diese Verfassungen den Schutz der Geheim- und Intimsphäre resp. Privatsphäre, garantieren, dürften sie nach der heutigen Rechtsprechung des BGer nicht weiter als die Garantie der Bundesverfassung gehen.²²⁾ Daneben wird

18) Vgl. zu ZH 7: BGE 99 Ia 266; zu LU 5: BGE 95 I 359; zu VD 4: BGE 103 Ia 294; BGE 104 Ia 485.

19) Vgl. Spöndlin, Die persönliche Freiheit; Brühwiler, S. 72 ff. mit Hinweisen; Sträuli, S. 49 ff.; Giacometti, Kantone, S. 159 f.; Übersicht bei Dressler, S. 377 ff.

20) AG 9, JU 7, NW 1, OW 10.

21) Vgl. vorne S. 51 und die Zusammenstellung bei Mastronardi, S. 169 ff. und 203 ff.

22) Vgl. vorne S. 51.

aber auch der Schutz vor Datenmissbrauch garantiert (AG,BL,SO).²³⁾ Ob hier ein erweiterter Schutzbereich gewährleistet ist, wird vor allem von der Definition des Wortes "Missbrauch" in der Praxis abhängen. Die Materialien geben hier keinen Aufschluss, aber es ist durchaus denkbar, dass diese Garantie für den Schutz von Rechtspositionen, die heute von der Bundesverfassung nicht grundrechtlich erfasst sind, zugänglich gemacht werden kann.

Was die persönliche Freiheit in der jurassischen Verfassung betrifft, so ist darauf hinzuweisen, dass bei der Behandlung dieses Grundrechtes im Verfassungsrat der Präsident der Grundrechtskommission, A. Cattin, auf den Entscheid des BGer vom 25. März 1964 (es handelt sich um den genannten Entscheid BGE 90 I 29 ff.) hinwies.²⁴⁾ Dieser Entscheid definiert die persönliche Freiheit wesentlich weiter als die heutige Praxis, und man muss sich fragen, ob die Gesetzesredaktoren der persönlichen Freiheit wirklich diese weite Definition geben wollten. Gerade für die jurassische Verfassung, die ja die Drittwirkung in noch zu untersuchender Tragweite normiert und welcher allgemein ein erweitertes Grundrechtsverständnis zugrundeliegt, wäre es wichtig, die persönliche Freiheit nicht als allgemeine Handlungsfreiheit zu begreifen, sondern die einzelnen Aspekte dieser Garantie klar abzugrenzen.

Gesamthaft kann festgestellt werden, dass viele kantonale Verfassungen in einzelnen Punkten ganz spezielle Gewährleistungen enthalten, die in der bundesrechtlichen Garantie der persönlichen Freiheit nur im Grundsatz, nicht aber in der detaillierten Ausführung enthalten sind, die kantonalen Garantien sonst aber im allgemeinen nicht über erstere hinausgehen, teilweise hinter dieser zurückbleiben. Der verschiedentlich erwähnte Grundsatz "nulla poena sine lege" ist im übrigen auch in der Bundesverfassung, allerdings in anderem Zusammenhang, garantiert.²⁵⁾

23) In AG aufgenommen in der 2. Lesung, vgl. Antrag Kägi, Verhandlungen, S. 1003. Nachweise vorne S. 51.

24) Vgl. Journal officiel, Nr. 3, S. 19.

25) Das BGer ordnet diesen Grundsatz Art. 4 BV zu, vgl. BGE 103 Ia 96.

2.3.1.3 Schrankendivergenzen

Die persönliche Freiheit ist allgemein im öffentlichen Interesse unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips auf gesetzlicher Grundlage beschränkbar.²⁶⁾ Die Bundesverfassung verbietet daneben in Art. 59 Abs. 3 die Anordnung des Schuldverhalts,²⁷⁾ in Art. 65 wird die Todesstrafe für politische Verbrechen sowie die Körperstrafe untersagt. Solche Grenzen der Beschränkung finden sich auch in verschiedenen kantonalen Verfassungen.²⁸⁾ All diese Normen halten sich wohl im Rahmen der vom BGer formulierten These vom unantastbaren Kern der persönlichen Freiheit.

AG 15 verbietet zusätzlich jede Beeinträchtigung der Willensfreiheit und jede menschenunwürdige Behandlung. OW 13 und NW 1 verweisen ganz generell auf die Schranken der Bundesverfassung, gemeint sind wohl die nach BV zulässigen Schranken.

AG 15 Abs. 3 zählt die Beschränkungsmöglichkeiten der persönlichen Freiheit wohl abschliessend auf. Die Mehrzahl der Eingriffsmöglichkeiten betreffen den Schutz der Polizeigüter. Wenn durch die Formulierung "vorübergehende Eingriffe zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit" festgestellt wird, dass hier nur eigentliche Notmassnahmen erlaubt sein sollen,²⁹⁾ so ist damit m.E. nichts weiter als das schon bundesrechtlich fixierte Verhältnismässigkeitsprinzip angesprochen. Dies in dem Sinne, dass Eingriffe auch in zeitlicher Hinsicht verhältnismässig sein müssen. Im übrigen weist der Wortlaut darauf hin, dass in diesen Fällen eine formell gesetzliche Grundlage nicht notwendig ist.

26) Vgl. etwa BGE 101 Ia 50.

27) Ebenso ZH 7.

28) Bez. Todesstrafe: FR 8, VD 11, ZH 5 (allgemeines Verbot der Todesstrafe) bez. Körperstrafen: AG 15 Abs. 4, AR 11; Verbot der Erzwingung der Zeugenaussagen: BL 6, BE 74, FR 6, GL 5, NW 4, SH 8, TG 9, ZG 8, ZH 7; Verbot der Kettenstrafe: ZH 5.

29) Vgl. Schlussbericht der Sachkommission 1, S. 13.

AG 15 Abs. 4 spricht die ebenfalls bundesrechtlich geltenden Kerngehaltsgarantie an: Soweit hier die Willensfreiheit ³⁰⁾ angesprochen wird, kann man dieser Bestimmung durchaus weitergehende Bedeutung zumessen. Sodann sei auf die allgemeine Kerngehaltsgarantie in BL 15 Abs. 1, SO 21 Abs. 2 und UR 14 Abs. 4 verwiesen. Hinsichtlich der gesetzlichen Grundlage enthält nur die KV Jura die spezielle Voraussetzung eines Gesetzes im formellen Sinn.³¹⁾ Die klare gesetzliche Regelung macht keine Unterschiede hinsichtlich der Schwere des Eingriffes.

30) Im Vorentwurf der Sachkommission fand sich noch folgende Formulierung: Beeinträchtigung durch "Drogen". Da solche auch eine Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit darstellen würden (vgl. BGE 90 I 29 ff. Castilla), ging diese Formulierung nicht über die Garantie der BV hinaus. Die allgemeinere Formulierung wurde im Anschluss an den Antrag Binkert, Verhandlungen S. 390, im Verfassungsrat aufgenommen.

31) Vgl. vorne S. 49.

2.3.2 Hausrecht

2.3.2.1 Garantie in der Bundesverfassung

In der Bundesverfassung ist das Hausrecht nicht eigens verankert, weder ausdrücklich noch als ungeschriebenes Grundrecht. Allerdings können verschiedene Aspekte, etwa das Recht auf Privat- und Intimsphäre, der persönlichen Freiheit zugeordnet werden. Heute sieht die EMRK den Schutz der Wohnung in Art. 8 vor, so dass auch dieses Freiheitsrecht bundesrechtlich mit verfassungsmässigem Schutz versehen ist.

2.3.2.2 Garantie in den Kantonsverfassungen

Das Hausrecht wird in den meisten Kantonsverfassungen - als Pendant zum Schutz der Person vor Verhaftungen - im Sinne eines Schutzes vor Haus-suchungen garantiert. Insofern hat diese Garantie sicherlich auch den Hausfrieden an sich im Auge.¹⁾ Einzig Glarus und Tessin kennen diesen Schutz in ihren Verfassungen nicht, in allen anderen Kantonen besteht eine ausdrückliche Garantie.²⁾ Auch dort, wo nur vom Schutz der Wohnung die Rede ist, bezieht sich diese Garantie zweifellos auch auf Geschäftsräume.³⁾

Da - wie dargestellt - der Hausfrieden an sich geschützt ist, muss sich das Hausrecht auch auf die dem Publikum zugänglichen Geschäftsräume beziehen, mit den speziellen Einschränkungen allerdings, welche die öffentliche Zugänglichkeit mit sich bringt. Verboten wären demnach Handlungen, welche nicht mit der Zweckbestimmung dieser Räumlichkeiten vereinbar sind, etwa das Betreten zum Zwecke des Auskundschaftens ohne

1) Zu JU 8 vgl. etwa Cattin, Journal officiel, Nr. 3 S. 23 f.; vgl. auch Müller/Müller, Grundrechte, Besonderer Teil, S. 36 f.

2) AG 15 Abs. 2, AI 2, AR 11, BL 6, BS 3, BE 76, FR 4, GE 13, GR 9, JU 8, LU 5, NE 7, NW 1, OW 12, SG 30, SH 20, SZ 5, SO 8, TG 10, UR 12, VD 5, VS 4, ZG 9, ZH 8.

3) Vgl. BGE 81 I 127 ff. zu ZH 8.

besondere, den Beschränkungsmöglichkeiten entsprechende Ermächtigung durch die zuständige Behörde.

Dass das Hausrecht im übrigen nicht nur den Schutz vor polizeilichen Untersuchungen garantiert, zeigen etliche Formulierungen in den Kantonsverfassungen, so etwa BE 76 Abs. 2: "Kein öffentlicher Beamter oder Polizeiangehöriger.....".⁴⁾ Absatz 3 der zitierten Norm der Berner Verfassung erlaubt überdies Widerstand gegenüber jedem rechtswidrigen Eindringen.

2.3.2.3 Schranken

Soweit kantonale Verfassungen Beschränkungen nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen erlauben - was nicht nur bei fast allen kantonalen Garantien erwähnt ist, sondern auch in EMRK 8 Abs. 2 - wird eine der allgemeinen Voraussetzungen der Beschränkungen angesprochen. Darüber hinaus sehen die meisten Kantonsverfassungen vor, dass der Eingriff in den vorgeschriebenen Formen vorzunehmen sei.

AG 15 Abs. 3 sieht die Beschränkung des Hausrechts unter denselben Voraussetzungen wie bei der persönlichen Freiheit vor.

4) Ebenso BGE 81 I 127 f.

2.3.3. Meinungsäusserungsfreiheit

2.3.3.1 Garantie in der Bundesverfassung

Eine erste Anerkennung der Meinungsäusserungsfreiheit als ungeschriebenes Grundrecht der Bundesverfassung findet sich in BGE 87 I 117 und fand seither zahlreiche Bestätigungen.¹⁾ In einem Entscheid zu LU 6²⁾

äusserte sich das BGer zum weiten Begriff der Meinung:

"Der Begriff der "Meinung" ist (insbesondere mit Rücksicht auf das Fehlen einer besonderen Gewährleistung der freien Ausübung von Kunst und Wissenschaft) weit zu fassen; er umschliesst nicht nur die Ergebnisse von rationalen Denkvorgängen sowie rational fassbar und mitteilbar gemachte Überzeugungen in der Art von Stellungnahmen, Wertungen, Anschauungen, Auffassungen und dergleichen, sondern ebenso das Kunstschaffen und dessen Hervorbringungen". Diese Deutung, die auch in der Literatur Zustimmung fand,³⁾ ist für die Rechtsprechung des BGer wegleitend geworden,⁴⁾ auch für seine Rechtsprechung zur Meinungsäusserungsfreiheit in der Bundesverfassung. Dabei geht es nicht nur um Äusserung, sondern genauso um den Empfang von Meinungen, zumindest aus allgemein zugänglichen Quellen.⁵⁾

So entwickelte sich die bundesrechtliche Garantie von der Meinungsäusserungs- zu einer eigentlichen Meinungsfreiheit. Diese Meinungsfreiheit kann einen bedingten Anspruch auf Benutzung des öffentlichen Grundes beinhalten.⁶⁾

1) Vgl. Nachweise bei Hangartner, Grundrechte, S. 109.

2) Abgedruckt in ZBl 64 (1963), S. 365.

3) Vgl. etwa Saladin, Grundrechte, S. 79; vgl. schon Fleiner/Giacometti, S. 365, der eine so interpretierte Meinungsäusserungsfreiheit im Rahmen von BV 55 sah; Müller/Müller, Grundrechte, Besonderer Teil, S. 78.

4) Vgl. etwa BGE 101 Ia 150.

5) Vgl. BGE 104 Ia 88; 105 Ia 18, 107 Ia 236 (Wyss), vgl. auch hinten S. 66.

6) Vgl. BGE 96 I 588 ff., Präzisierung in BGE 105 Ia 15 ff.; vgl. hinten S. 106.

Träger der so verstandenen Meinungsfreiheit sind alle "Bürger" ohne Rücksicht auf ihre Nationalität.⁷⁾ Allerdings können sich bei Ausländern besondere Beschränkungen ergeben, etwa aus Gründen der äusseren Sicherheit.⁸⁾ Auch juristische Personen geniessen den Schutz dieser Garantie, so insbesondere Parteien.

2.3.3.1 Garantien in den Kantonsverfassungen

Verschiedene kantonale Verfassungen gewähren die Meinungsäusserungsfreiheit "in Wort und Schrift",⁹⁾ darunter auch LU 6, auf den sich der zitierte Bundesgerichtsentscheid bezog, weshalb man davon ausgehen kann, dass alle diese Bestimmungen trotz ihres einschränkenden Wortlauts die Meinungsäusserungsfreiheit im dargestellten weiten Mass enthalten, also im selben Umfang wie die Bundesverfassung.¹⁰⁾ Dadurch führen auch die Formulierungen von BE 77, welcher die bildliche Darstellung ausdrücklich einbezieht, sowie von AG 13, welcher die Meinungsäusserung "auf andere Weise" als frei erklärt, nicht über diese Garantien hinaus.¹¹⁾ Dasselbe gilt wohl auch für die Kantonsverfassungen, die einfach die freie Meinungsäusserung garantieren.¹²⁾

Andere Kantonsverfassungen - die neueren Kodifikationen - drücken die vom BGer vorgenommene Präzisierung, dass die Meinungsäusserungsfreiheit eben notwendigerweise auch das Recht zum Empfang von Meinungen enthält, eigens aus, indem sie allgemein von Meinungsfreiheit sprechen¹³⁾ oder die Meinungsbildung ausdrücklich einbeziehen.¹⁴⁾

7) Vgl. EMRK 10; Häfelin/Haller, S. 383.

8) Vgl. "Die Stellung der Ausländer im politischen Leben der Schweiz", Bericht der eidg. Konsultativkommission für das Ausländerproblem, Mai 1976, in: ZBl 77 (1976) S. 277.

9) So AI 2, LU 6, SZ 10, VS 8, ZG 10, ZH 3, ähnlich AR 17

10) Jedenfalls mangelnde Selbständigkeit von ZH 3: vgl. BGE 98 Ia 365.

11) Zu BE 77: BGE 107 Ia 229.

12) So SH 9 (offensichtlich keine selbständige Bedeutung, vgl. BGE 105 Ia 91 ff.); TG 12.

13) BL 6, OW 13, UR 12, SO 11; JU 8 garantiert ausdrücklich das Recht, eine Meinung zu haben.

14) AG 13, JU 8, NW 1.

BS 10 verweist auf die allgemeinen Bestimmungen der Bundesverfassung, während die Verfassungen von Freiburg, Genf, Glarus, Graubünden, Neuenburg, St. Gallen, Tessin, und Waadt keine Regelung enthalten. Man kann feststellen, dass sich die kantonalen Garantien, wo vorhanden, mit jener der Bundesverfassung decken.¹⁵⁾

2.3.3.3 Schranken

Nicht anders als die Pressefreiheit ist auch die Meinungsäusserungsfreiheit nicht allgemein im öffentlichen Interesse, sondern primär zum Schutze der polizeilichen Güter beschränkbar. Darunter wird man auch Güter der staatlichen Sicherheit und auch neutralitätsrechtliche Verpflichtungen subsumieren müssen.¹⁶⁾ Einschränkungen ergeben sich ebenso durch das Strafrecht. Im Rahmen der Behandlung der Drittwirkungsproblematik wird auf die Beschränkungen durch das Zivilrecht einzugehen sein.

OW 13 und NW 1 verweisen auf die Schranken der Bundesverfassung. AG 13 erwähnt spezielle Schranken, so die Bestimmungen über den Jugendschutz und Bestimmungen zum Schutze der persönlichen Verhältnisse. Vorgesehen ist auch ein Gesetz über die Massenmedien.¹⁷⁾

Den Beschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit ist eigen, dass sie nur repressiv und nicht präventiv erfolgen können.¹⁸⁾ Dieser Grundsatz erleidet dort eine Ausnahme, wo es gilt "eine unmittelbar drohende Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit abzuwenden".¹⁹⁾ Dies muss auch dort gelten, wo die kantonalen Verfassungen das Zensurverbot

15) Hinsichtlich der Leistungsansprüche s. hinten S. 66.

16) Vgl. Saladin, Grundrechte, S. 54.

17) AG 13 Abs. 3.

18) Vgl. BGE 96 I 588 mit Hinweisen; 101 Ia 252 ff.

19) So BGE 60 I 124 f. (Kämpfer) zur Pressefreiheit; dies muss aber analog für die Meinungsfreiheit allgemein gelten; vgl. J.P. Müller, Grundrechtstheorie, S. 153.

ausdrücklich ²⁰⁾ oder implicite ²¹⁾ aussprechen. Denn dieses Verbot kann m.E. so absolut nicht sein, dass ihm der Staat und das Leben oder die Freiheit der Bürger geopfert werden dürften.²²⁾ Die ausdrückliche Verankerung des Zensurverbots zeigt aber immerhin an, dass nur eine schwere und unmittelbar drohende Gefahr eine präventive Massnahme rechtfertigt, was zweifellos auch nach Bundesrecht gilt.²³⁾

Besondere Tätigkeiten und Lebensbereiche können eigene Beschränkungen erfordern.²⁴⁾ Eine ausdrückliche Erwähnung solcher Schranken findet sich nicht in der Verfassung des Bundes und nur in wenigen Verfassungen der Kantone,²⁵⁾ jedoch in der Gesetzgebung, welche diese Tätigkeiten und Lebensbereiche regelt. Insgesamt lassen sich keine Schrankendivergenzen erkennen.

20) AG 13, BE 77, JU 11, TG 12; vgl. zu BE 77: Hangartner, Grundrechte, S. 17.

21) Indem gesagt wird, der Missbrauch werde bestraft, also nur ein Eingreifen nach erfolgter Verletzung irgendwelcher Normen vorgesehen ist: AR 17, LU 6, SH 9, SZ 10, VS 8.

22) So auch die im jurassischen Verfassungsrat unwidersprochen gebliebene Interpretation von Jean Wilhelm, der die Zensur auch zum Schutze der Glaubens- und Gewissensfreiheit, der Religion und der Jugend als erlaubt bezeichnet, Journal officiel Nr. 3, S. 30.

23) Vgl. auch Saladin, Grundrechte, S. 68 ff.; Aubert, Traité, Nr. 2099.

24) Vgl. eine Zusammenstellung bei Müller/Müller, Grundrechte, Besonderer Teil, S. 82 ff.

25) Mit Ausnahme von AG 8 Abs. 2, BL 15 Abs. 3, UR 14 Abs. 3 und SO 21 Abs. 3.

2.3.4 Pressefreiheit

2.3.4.1 Garantie in der Bundesverfassung

Die Pressefreiheit betrifft einen Teilbereich der Meinungsfreiheit, inso-
weit die Verbreitung und der Empfang der Meinungen durch das Mittel der
Presse erfolgt.¹⁾ Die Bandbreite der so geäußerten Meinungen ist
dieselbe wie bei der Meinungsfreiheit. "Presse" im Sinne von Art. 55 BV
sind Druckerzeugnisse, die zur Verbreitung an eine mehr oder weniger
grosse Anzahl von Lesern bestimmt sind und die einen idealen Zweck ver-
folgen.^{2/3)} Darunter fallen also keineswegs nur periodische Erzeug-
nisse wie Zeitungen u.ä., sondern ebenso Bücher, Flugblätter, wohl auch
Plakate etc.⁴⁾ Träger der Pressefreiheit sind alle natürlichen und
juristischen Personen, auch Ausländer; letztere allerdings sind wie bei
der Meinungsfreiheit besonderen Einschränkungen,⁵⁾ etwa aussenpoli-
tischer oder zolltariflicher Natur,⁶⁾ unterworfen. Soweit für den
Vertrieb von Presseerzeugnissen auf öffentlichem Boden kein gesteigerter
Gemeingebrauch beansprucht wird, ist eine Bewilligung nicht notwen-
dig.⁷⁾ Liegt ein gesteigerter Gemeingebrauch vor, so ist bei der
Vergabe der Bewilligungen ebenso wie bei der Meinungsäusserungsfreiheit
auf den speziellen Gehalt dieses Freiheitsrechts Rücksicht zu neh-
men.⁸⁾

1) Vgl. Burckhardt, Kommentar, S. 507.

2) BGE 96 I 588.

3) Dies als Abgrenzung zu reinen Reklamedrucksachen: vgl. BGE 42 I 81
ff. und Fischer, S. 91.

4) Vgl. Fischer, S. 101 ff.

5) Vgl. Aubert, Traité, Nr. 2090 f., S. 734 f.

6) Dies trifft allerdings auch den Importeur. Indessen betreffen solche
Einschränkungen längst nicht alle Druckerzeugnisse.

7) BGE 96 I 591.

8) S. vorne S. 33 und hinten S. 106.

2.3.4.2 Garantien in den Kantonsverfassungen

Die kantonalen Verfassungen erwähnen die Pressefreiheit in der Regel - ihrer Stellung angepasst - im Zusammenhang mit der Meinungsäusserungsfreiheit, entweder in der schon erwähnten Formulierung "Meinungsäusserung in Wort und Schrift"⁹⁾ oder in einer Formulierung ähnlich oder gleich wie Art. 55 BV.¹⁰⁾ Wenn man mit der Lehre und dem BGER vom weiten Begriff der "Presse" ausgeht, so ist der Begriff "Meinungsäusserung in (Wort und) Schrift" nicht weiter (und sowieso nicht enger) als der Begriff "Pressefreiheit".¹¹⁾ Ein Streit darüber wäre ohnehin müssig, da es sich um ein reines Abgrenzungsproblem handelt. Schrankendivergenzen bestehen, wie zu zeigen sein wird, ohnehin nicht.

SO 12 garantiert noch eigens die Medienfreiheit. Sodann gilt der allgemeine Hinweis in BS 10 auch hier. Keine ausdrückliche Garantie enthalten die Verfassungen von Graubünden, Schaffhausen und Tessin.

2.3.4.3 Schranken

Die Einschränkungsmöglichkeiten bemessen sich hier nach denselben Grundsätzen wie bei der Meinungsfreiheit insgesamt. Im Vordergrund stehen Beschränkungen zum Schutze der polizeilichen Güter, aber auch das Strafrecht.¹²⁾ Letzteres wird in verschiedenen kantonalen Verfassungen angesprochen. Auch hier macht einzig AG 13 weitere Ausführungen. Hingewiesen sei vor allem auf das vorgesehene Gesetz über die Massenmedien. Auch im Pressebereich spielen zivilrechtliche Einschränkungen eine grosse Rolle.¹³⁾ Analog stellen sich auch die Probleme der Beschränkung

9) AG 13, AI 2, AR 17, BE 77, LU 6 (Pressefreiheit zusätzlich erwähnt), SO 11, SZ 10, VS 8, ZG 10, ZH 3.

10) BL 6, FR 10, GE 8, GL 9, JU 8, NE 9, NW 1, OW 13, UR 12, SG 26, TG 12, VD 7.

11) So zu ZH 3: BGE 98 Ia 423.

12) Auch strafprozessuale Bestimmungen, vgl. BGE 107 Ia 45 ff.: Journalisten können die Herausgabe von Filmen u.ä. nicht mit Hinweis auf die Pressefreiheit verweigern.

13) S. hinten S. 99 und Fischer, S. 59 ff. mit Hinweisen.

durch staatliche Zensur.¹⁴⁾ Diskutiert wird dabei, ob die Beschlagnahme einer Zeitung eine Präventiv- oder eine Repressivmassnahme darstellt.¹⁵⁾ Schrankendivergenzen lassen sich damit auch im Bereich der Pressefreiheit nicht erkennen.

2.3.5 Informationsfreiheit

2.3.5.1 Garantie in der Bundesverfassung

Die Bundesverfassung gewährt kein eigentliches Recht auf Information.¹⁾ Das BGer hat erkannt, dass die Ausübung der Meinungsfreiheit und der Pressefreiheit notwendigerweise darauf angewiesen ist, Informationen zu erhalten; es hat die Informationsfreiheit als Ausfluss dieser Individualrechte geschützt, soweit es sich um Informationen aus allgemein zugänglichen Quellen handelt,²⁾ wobei darüber hinaus die Rechtsgleichheit zu wahren ist.³⁾ Somit beinhaltet dieses Freiheitsrecht notwendigerweise gewisse Leistungsansprüche gegenüber dem Staat, ist aber dort als Freiheitsrecht klassischer Natur zu betrachten, wo es darum geht, dass der Staat die Informationssuche nicht behindert. Was allgemein zugängliche Quellen sind, bestimmt grundsätzlich das kantonale Recht.⁴⁾

14) Im Zusammenhang mit der Pressefreiheit enthalten zusätzlich GE 8, NE 9, VD 7 und indirekt GL 9, SG 26 das Verbot der Zensur; SO im Zusammenhang mit der Medienfreiheit, Art. 12.

15) Vgl. Saladin, Grundrechte, S. 70: wohl eher Repressivmassnahme, wenn auch faktisch als Präventivmassnahme wirkend.

1) BGE 104 Ia 96 f.

2) Vgl. etwa BGE 107 Ia 236.

3) Vgl. BGE 104 Ia 96 f.

4) BGE 107 Ia 236, BGE 105 Ia 181 ff.: Landratsverhandlungen. Zum Empfang von Fernsehprogrammen: vgl. ZR 84 Nr. 7 E. 4.

2.3.5.2 Garantien in den Kantonsverfassungen

Im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bestimmt SO 11 Abs. 2, dass jedermann das Recht habe, die Meinungsäusserung anderer zu empfangen und allgemein zugängliche Quellen zu benutzen. Verschiedene Bestimmungen enthalten eine Informationspflicht des Staates oder erklären den Staatshaushalt für öffentlich (vgl. etwa UR 86, JU 124 und ZG 12). Gemäss AG 13 hat jedermann das Recht, Informationen, die für die Allgemeinheit bestimmt sind, zu erhalten. JU 8 lit. f, BL 6 lit. c und UR 12 lit. e statuieren dem Wortlaute nach eine allgemeine Informationsfreiheit. Da die Verfassungen von JU und BL indessen auch den Schutz des Bürgers vor Datenmissbrauch resp. die Privatsphäre garantieren,⁵⁾ ist mindestens diesbezüglich eine Abgrenzung vorzunehmen: Eine allgemeine Informationsfreiheit verträgt sich nicht mit den Anliegen des Datenschutzes.

2.3.6 Kunstfreiheit

2.3.6.1 Garantie in der Bundesverfassung

Die Bundesverfassung garantiert die Kunstfreiheit nicht als selbständiges Grundrecht, weder ausdrücklich noch ungeschrieben. Das BGer hat aber, gerade im Hinblick auf diesen Sachverhalt, den Begriff der Meinung so weit geöffnet, dass das Kunstschaffen ausdrücklich darunter fällt.¹⁾

Schon die ältere Literatur ordnete das Kunstschaffen der Meinungsäusserungsfreiheit zu.²⁾ Geschützt sind auch Ergebnisse von emotionalen Vorgängen, auch solche, die nicht verbal geäussert werden.³⁾ Verschiedentlich wird die Meinung vertreten, die Freiheit der Kunst gehe in der Meinungsfreiheit nicht auf.⁴⁾

5) Vgl. vorne S. 52.

1) Vgl. Filmclub 2 - Entscheid in ZBl 64 (1963), S. 393.

2) Vgl. Fleiner/Giacometti, S. 365.

3) Vgl. zum letzteren: Müller/Müller, Grundrechte, Besonderer Teil, S. 78.

4) Vgl. Arbeitsgruppe für die Vorbereitung der Totalrevision der Bundesverfassung, Schlussbericht, Bern 1973, Band 6 S. 132; Baggli, S. 16.

Sicherlich sind einzelne Aspekte einer Kunstfreiheit denkbar, die über das heute im Rahmen der Meinungsfreiheit Anerkannte hinausgehen, etwa die Verpflichtung des Staates, die Kunst zu fördern. Dies ist aber nicht das Problem der Anerkennung einer besonderen Kunstfreiheit, sondern jenes der Interpretation der Normierungswirkung der Grundrechte allgemein. So anerkennt der VE der Bundesverfassung ja durchaus die Kunstfreiheit, regelt die Förderung der Kunst allerdings noch eigens.⁵⁾ Die Kunstfreiheit kann je nach Situation neben Aspekten der Meinungsäusserungs- und Pressefreiheit noch solche der Lehr- sowie der Handels- und Gewerbefreiheit umfassen.

Verschiedene Autoren weisen zu Recht auf die Schwierigkeit der Definition des Begriffes "Kunst" hin.⁶⁾ Gerade deshalb ist es m.E. wenig sinnvoll, die Kunstfreiheit eigens zu normieren, denn solche Definitionsprobleme stellen sich im Rahmen der Bestimmung des Begriffes "Meinung" durch das Bundesgericht nicht mehr.⁷⁾

2.3.6.2 Garantien in den Kantonsverfassungen

Verschiedene Kantonsverfassungen gewähren die Freiheit der Kunst im Zusammenhang mit der Handels- und Gewerbefreiheit.⁸⁾ Damit wird wohl nicht mehr als der schon erwähnte gewerbliche Aspekt der Kunstfreiheit angesprochen. Kunst dient oftmals mindestens auch der Erzielung eines Erwerbseinkommens. Dies gilt für den Kunstschaffenden wie auch für

5) Vgl. VE Art. 14 und 36.

6) Vgl. Müller/Müller, Grundrechte, Besonderer Teil, S. 98 ff.; Bäggli, S. 32; Muschg, Wohin mit der Kultur? in: E. Gruner/J.P. Müller, Erneuerung der Schweizerischen Demokratie?, Bern 1977, S. 59. Sein Vorschlag, das als Kunst zu betrachten, was sich selbst so bezeichne, ist wohl wenig praktikabel. Überdies wäre für die Kunstfreiheit selbst damit noch nichts gewonnen, wäre doch auch eine solche nicht unbeschränkt ausübbar. Wollte man der Kunstfreiheit einen solchen Kunstbegriff unterlegen, müssten die Beschränkungen eher einsetzen.

7) Vgl. Bois, Droit administratif et création artistique, in: ZBl 82 (1981), S. 293.

8) So etwa GR 10, SH 17, TG 15, TI 14.

den mit Kunst Handelnden. Anders auf jeden Fall JU 8 lit. i, UR 12 lit. i und AG 14, welche die Kunstfreiheit eigens anführen. Allerdings dürfte auch hier der Schutzbereich nicht weiter gehen, als das, was bundesrechtlich im Rahmen der Meinungsäusserungsfreiheit garantiert ist.

In den Beratungen zu AG 14 wollte der Präsident der Sachkommission 1, Brunschwiler, allerdings zwischen dem Schutz des künstlerischen Schaffens, welches von der Meinungsäusserungsfreiheit geschützt sei, und dem Schutz der künstlerischen Form, der hier zusätzlich garantiert würde, unterscheiden.⁹⁾ Indessen wird nicht klar, worin dieser zusätzliche Schutz bestehen sollte. Die Meinungsfreiheit schützt nicht nur den Vorgang des künstlerischen Schaffens, sondern auch dessen Ergebnis (soweit nicht ohnehin spezielle Bestimmungen, etwa die Pressefreiheit oder - da an Kunstgegenständen ja auch Eigentumsrechte bestehen - die Eigentums-garantie eingreifen. Auch die Wahl der Ausdrucksformen betrifft das künstlerische Schaffen. Dass im Rahmen der Meinungsfreiheit eine Kunstform als "entartet" - dieses Beispiel wurde unter Hinweis auf die Zustände im "Tausendjährigen Reich" genannt - bezeichnet und damit verboten werden könnte, ist ohnehin undenkbar, soweit nicht zulässige Schranken eingreifen. Abgesehen davon, dass nicht nur der Begriff "Kunst", sondern auch jener des "künstlerischen Schaffens" kaum zu definieren ist, wäre mit einer solchen Differenzierung nichts gewonnen: Wer Grundrechte allgemein nicht achtet, der kümmert sich schon gar nicht um solche Differenzierungen. BL 6 und SO 14 garantieren die Freiheit der künstlerischen Betätigung.

2.3.6.3 Schranken

Als Teil der Meinungsäusserungsfreiheit unterliegt die Kunstfreiheit auch denselben Beschränkungen. Abweichungen im kantonalen Bereich sind nicht feststellbar. Vereinzelt mögen sich - u.a. bei der Güterabwägung - spezielle Gesichtspunkte ergeben, so beispielsweise bei der Vernichtung unzüchtiger Gegenstände gemäss Art. 204 Abs. 3 StGB.¹⁰⁾

9) Verhandlungen, S. 658

10) Vgl. BGE 89 IV 134 ff. und Hangartner, Grundrechte, S. 114 f.

2.3.7 Lehr- und Forschungsfreiheit, Unterrichtsfreiheit

2.3.7.1 Garantie in der Bundesverfassung

Die Bundesverfassung enthält keine ausdrückliche Garantie dieser Freiheitsrechte. Wesentliche Aspekte der Lehrfreiheit dürften von der Meinungsäusserungsfreiheit erfasst sein.¹⁾ Die Forschungsfreiheit enthält Aspekte der persönlichen Freiheit, aber auch solche der allgemeinen Meinungsfreiheit, insofern diese Garantie auch die Meinungsbildung umfasst.²⁾ Die Unterrichtsfreiheit hingegen enthält, soweit sie auch das Recht zur Führung von Privatschulen erfasst, Aspekte der Handels- und Gewerbefreiheit.

2.3.7.2 Garantien in den Kantonsverfassungen

Die Lehr- und Forschungsfreiheit wird in AG 14, BL 6, JU 8, UR 12 und SO 14 ausdrücklich garantiert.³⁾ Nach einer Revision von Art. 63 Abs. 1⁴⁾ erwähnt die Verfassung des Kantons Zürich die Lehrfreiheit nicht mehr ausdrücklich. Sie gilt jedoch als ungeschriebenes Verfassungsrecht.⁵⁾ Sodann garantieren BE 87 "die Befugnis zu lehren", FR 18 das "Recht, zu unterrichten", GE 10 "la liberté d'enseignement", TI 8 "la libertà d'insegnamento". Gemäss VD 16 ist jeder "libre d'enseigner"; die Lehrfreiheit wird auch in VS 13 und NE 15 erwähnt. Andere Verfassungen stellen einen Zusammenhang mit der Handels- und Gewerbefreiheit her.⁶⁾

-
- 1) Vgl. Haller, Die akademische Lehrfreiheit als verfassungsmässiges Recht, in: ZSR NF 95 (1976) I, S. 131; angesprochen sind auch Aspekte der persönlichen Freiheit, der Pressefreiheit und der Glaubens- und Gewissensfreiheit, vgl. a.a.O., S. 128 ff., 133 f.
 - 2) Vgl. zu den einzelnen Aspekten: Haller, Forschungsfreiheit, S. 133 ff.
 - 3) Ähnliche Garantien finden sich in verschiedenen Kantonen auf Gesetzes- oder Verordnungsstufe, vgl. Haller, zit. Anm 1, S. 132.
 - 4) Vom 7. Juli 1963. Bis dahin war die Lehrfreiheit mit der Glaubens- und Kultusfreiheit verbunden.
 - 5) ZBl 75 (1974), S. 317.
 - 6) GR 10, SH 17, TG 15.

In weiteren Verfassungen wird die Unterrichtsfreiheit erwähnt,⁷⁾ teilweise mit ausdrücklichem Hinweis auf die Privatschulen. Die Unterrichtsfreiheit besteht zunächst im Recht, Unterricht zu erteilen und zu erhalten.⁸⁾ Zentrales Element ist dabei das Recht, eine Privatschule zu errichten und an einer solchen zu unterrichten. Gerade die neuere Lehre betont diesen Aspekt.⁹⁾ Den weiteren Formulierungen der Unterrichtsfreiheit in den älteren Verfassungen dürfte dabei kein besonderes Gewicht zukommen,¹⁰⁾ wobei doch beachtlich ist, dass sich diese vor allem in den Verfassungen der Universitätskantone finden. Anders muss es sich m.E. bei den neueren Verfassungen verhalten; AG 14, BL 6 und SO 14 sprechen etwa ausdrücklich von der Freiheit der wissenschaftlichen Lehre.

2.3.7.3 Schranken

Die Unterrichtsfreiheit wird in den kantonalen Verfassungen oftmals nur unter dem Vorbehalt des genügenden Primarschulunterrichts gewährt.¹¹⁾ Sodann wird die staatliche Aufsicht teilweise schon in den Verfassungen erwähnt.¹²⁾ Es ist nicht anzunehmen, dass durch die Garantie der Unterrichts- oder einer allgemeinen Lehrfreiheit die besonderen Schranken, welche der Meinungsäusserung der Lehrer an öffentlichen Schulen entgegenstehen, grundsätzlich aufgehoben werden. Zu beachten ist jedoch, dass die akademische Lehrfreiheit nicht dieselben Beschränkungen trägt, wie diejenige staatlicher Lehrer unterer Stufen.¹³⁾ Im übrigen impliziert die Nähe der allgemeinen Lehrfreiheit zur Meinungsäusserungsfreiheit die Anwendung der in diesem Bereich zulässigen Schranken. Gemäss AG 14 haben Lehre und Forschung die Würde der Kreatur zu beachten.¹⁴⁾

7) LU 3, NW 20, OW 28, SG 3, ZG 4; vgl. auch JU 38, BS 15.

8) Giacometti, Kantone, S. 161.

9) Haller, zit. Anm. 1, S. 116; Plotke, S. 393, je mit Hinweisen.

10) Häfelin, Grundrechte, S. 33.

11) BE 87 Abs. 2, LU 3 Abs. 3, ZG 4.

12) LU 3 Abs. 3, NW 20, OW 28.

13) Vgl. dazu Haller, zit. Anm. 1, S. 141 ff.

14) Vgl. dazu Eichenberger, Verfassung, N. 10 f zu § 14.

2.3.8 Glaubens- und Gewissensfreiheit

2.3.8.1 Garantie in der Bundesverfassung

Art. 49 BV garantiert die Glaubens- und Gewissensfreiheit, d.h. das Recht des Einzelnen, in seiner religiösen Überzeugung keinen Zwang durch den Staat zu erleiden,¹⁾ seine religiöse Überzeugung frei zu äussern und nicht in eine religiöse Gemeinschaft gezwungen zu werden.²⁾ Insofern haften dieser Garantie Aspekte verschiedener ideeller Grundrechte, der Meinungsäusserungsfreiheit vorab, an. Träger sind die natürlichen Personen, gleich welcher Nationalität. Es findet auch keine Beschränkung auf Angehörige einzelner Religionsgemeinschaften statt.

Die Frage, ob die Glaubens- und Gewissensfreiheit auch juristischen Personen zukomme, wurde vor allem im Zusammenhang mit der Besteuerung aktuell. In konstanter Rechtsprechung hat das Bundesgericht die Ausdehnung der Glaubens- und Gewissensfreiheit, speziell des Verbotes des Bezuges von Steuern, welche eigentlich Kultuszwecken dienen, von Personen, welche nicht der betreffenden Religionsgemeinschaft angehören, abgelehnt. Eine Ausnahme wurde gemacht, wenn die juristische Person selber religiöse Zwecke verfolgt.³⁾

Art. 49 Abs. 3 BV schränkt die Glaubens- und Gewissensfreiheit der Kinder bis zum erfüllten 16. Altersjahr gegenüber den Eltern ein. Im Verhältnis zum Staat kommt aber auch diesen Personen diese Freiheit zu, wobei allerdings das Problem der "Grundrechtsmündigkeit" zu beachten ist.

1) Burckhardt, Kommentar, S. 442 ff.

2) Vgl. BGE 104 Ia 85: Auch dürfen die Wirkungen des Austrittes nicht in schikanöser Weise verzögert werden.

3) BGE 97 I 120.

2.3.8.2 Garantien in den Kantonsverfassungen

Einzelne Kantonsverfassungen übernehmen Art. 49 Abs. 1 BV wörtlich,⁴⁾ wenige andere den ganzen Art. 49 BV,⁵⁾ wiederum andere gewährleisten die Glaubens- und Gewissensfreiheit nach Massgabe der Bundesverfassung.⁶⁾ In anderen Formulierungen wird die Glaubens- und Gewissensfreiheit "garantiert",⁷⁾ "gewährleistet"⁸⁾ resp. als unantastbar bezeichnet.⁹⁾ NE 13 garantiert die freie Ausübung der Religion. Art. 10 des Entwurfes von 1984 der KV Solothurn hielt zunächst die Freiheit, einer Religionsgemeinschaft beizutreten, am religiösen Unterricht teilzunehmen und religiöse Handlungen vorzunehmen, fest. Abs. 2 der genannten Garantie dehnte den Schutz allgemein auf die Weltanschauung des Menschen aus. Auch einer solchen Bestimmung kann m.E. keine eigenständige Bedeutung zukommen. Soweit es um den Schutz von spezifisch unreligiösen Weltanschauungen geht, greift einmal der Schutz vor dem Zwang, sich zu einer Religion zu bekennen, auch im Rahmen der oben genannten Formulierungen ein. Sodann werden andere Aspekte der Freiheit der Weltanschauung von der dargestellten allgemeinen Meinungsfreiheit erfasst. Der VE für SO 11 Abs. 3 hielt sodann fest, dass religiöse und weltanschauliche Gemeinschaften frei sind, ihre Lehre und Organisation zu gestalten und ihrer Überzeugung Ausdruck zu geben. Soweit diese Aspekte nicht in der Meinungsäusserungsfreiheit, teilweise in der Vereinsfreiheit enthalten sind, wird die Lehrfreiheit angesprochen. In der verabschiedeten Verfassung garantiert SO 10 allgemein die Glaubens- und Gewissensfreiheit ohne weitere Zusätze. AI 3 und SZ 2 gewähren die Glaubens- und Gewissensfreiheit primär nur der römisch-katholischen und der evangelisch-reformierten Religion. AI 3 anerkennt sodann die "Duldung" anderer Bekenntnisse.

4) AG 11, BS 18, BE 83 (übernimmt ebenso Abs. 4-6 von Art. 49 BV), SG 22.

5) AR 6, GL 6, SH 10.

6) LU 2, ZG 3, ZH 4.

7) TI 1.

8) BL 6, GR 11, JU 8, NW 1, OW 13 (Bekenntnisfreiheit), TG 17, UR 12
lit. d., VS 2.

9) SO 11.

GR 11 lässt die Bildung neuer Religionsgemeinschaften zu, soweit sie nicht der öffentlichen Ordnung und der Sittlichkeit widerstreiten. Diese Bestimmung steht im Einklang mit den Schranken, welche auch im Rahmen der Bundesverfassung gelten.

Ein "Mehr" an Freiheit im spezifischen Bereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit lässt sich in den kantonalen Verfassungen gegenüber der Bundesverfassung damit nicht erkennen. Zweifellos bleibt die einschränkende Garantie in der Verfassung des Kantons Schwyz zurück; die Wortwahl in AI 3 impliziert zwar eine Zurücksetzung der anderen Religionsgemeinschaften, welche jedoch im Bereich des negatorischen Aspektes der Glaubens- und Gewissensfreiheit keine Folgen hat. Auf die vielfältigen organisatorischen Vorschriften, welche sich in den Kantonsverfassungen finden, kann vorliegend nicht eingegangen werden. Immerhin können auch solche Vorschriften die Glaubens- und Gewissensfreiheit negativ beeinflussen.

2.3.8.3 Schranken

Wesentliche Schranken nennt Art. 49 BV ausdrücklich. So entbinden die Glaubensansichten nicht von der Erfüllung der bürgerlichen Pflichten. Da nicht alle bürgerlichen Pflichten polizeilich motiviert sind - die Wehrpflicht mag einen polizeilichen Aspekt haben, die zulässige Stimmpflicht jedoch sicher nicht - hebt sich diese Bestimmung von den allgemeinen Schranken ab. Diese Formulierung findet sich in verschiedenen kantonalen Verfassungen.¹⁰⁾ Art. 49 Abs. 3 BV, welcher die Glaubens- und Gewissensfreiheit der Kinder bis zum erfüllten 16. Alterjahr regelt, beinhaltet keine Schranke im Rechtssinne: Die Einschränkung erfolgt nicht durch staatliche, sondern durch private Akte.

10) Vgl. SG 22, ähnlich AG 11, TG 17. Andere haben den Text von Art. 49 BV insgesamt übernommen, vgl. vorne Anm. 5, oder verweisen auf die Bundesverfassung, vgl. vorne Anm. 6.

2.3.9 Kultusfreiheit

2.3.9.1 Garantie in der Bundesverfassung

Zusätzlich zur eigentlichen Bekenntnisfreiheit, wie sie dargelegt wurde, garantiert Art. 50 BV die "freie Ausübung gottesdienstlicher Handlungen".¹⁾ Diese Bestimmung schützt natürliche und juristische Personen.²⁾

2.3.9.2 Garantie in den Kantonsverfassungen

Die kantonalen Verfassungen garantieren die Kultusfreiheit teils ohne besondere Erläuterungen,³⁾ teils durch Verweis auf die Bundesverfassung,⁴⁾ teils durch Übernahme von Art. 50 Abs. 1 BV.⁵⁾ Andere Kantonsverfassungen gewährleisten die Kultusfreiheit unter Hinweis auf die Notwendigkeit der Wahrung des religiösen Friedens.⁶⁾ Es gibt keine Anhaltspunkte, dass die genannten Garantien von jener der Bundesverfassung abweichen. SG 23 und FR 2 garantieren die freie Ausübung lediglich den katholischen und evangelischen Glaubensbekenntnissen, die Verfassungen der Kantone Basel-Landschaft und Uri erwähnen die Kultusfreiheit nicht.

2.3.9.3 Schranken

Art. 50 Abs. 1 BV erwähnt die allgemeinen Schranken der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung. Gemäss Abs. 2 der genannten Bestimmungen ist es den Kantonen vorbehalten, Massnahmen zur Erhaltung der Ordnung und des öffentlichen Friedens zu treffen. Dies, wie auch die schon erwähnten Hinweise auf die Wahrung des religiösen Friedens, enthält keine spezielle Regelung der Einschränkungsmöglichkeiten. Solches kann auch in den kantonalen Verfassungen nicht gefunden werden.

1) Zum Begriff der gottesdienstlichen Handlung: ZBl 60 (1959) S. 187.

2) Häfelin/Haller, Nr. 1227 sowie BGE 97 I 227.

3) GE 164, GR 11, JU 8, NE 13, NW 1, OW 13, SO 10, TI 1, TG 17, VS 2.

4) LU 2, ZG 3, ZH 64.

5) GL 7, SH 11, VD 15; ähnlich BE 85, SZ 2 AI 3.

6) AR 7, AG 12, BS 18.

2.3.10 Vereinsfreiheit

2.3.10.1 Garantie in der Bundesverfassung

Art. 56 BV schützt die Freiheit des Bürgers, Vereine zu bilden. Darin enthalten ist auch die Freiheit, die statutarischen Tätigkeiten auszuüben.¹⁾ Insoweit kann sich die Vereinsfreiheit als Teil der Meinungsfreiheit erweisen.²⁾ Sodann umfasst die Vereinsfreiheit nach Ansicht der herrschenden Lehre auch das Recht, einem Verein fernzubleiben³⁾ (sogenannte "negative Vereinsfreiheit"). Dies wurde insbesondere im Zusammenhang mit den öffentlich-rechtlich organisierten Studentenschaften, welche in der Form von Zwangskörperschaften auftreten (resp. auftraten), diskutiert. Bei diesen Organisationen dürfte es sich indessen kaum um Vereine im Rechtssinne handeln, auch wenn man vorliegend nicht den Vereinsbegriff des ZGB anwenden will. Art. 56 BV bezieht sich dem klaren Wortlaut nach auf von Bürgern gebildete resp. zu bildende Vereine. Es stellt sich deshalb die Frage, ob das Problem der "negativen Vereinsfreiheit", soweit der Zwang zum Eintritt oder Verbleiben in einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft besteht, nicht über andere Freiheitsrechte zu lösen ist.⁴⁾

Unter dem Schutz von Art. 56 BV stehen Vereine ideellen, indessen keineswegs nur solche politischen Charakters.⁵⁾ Dies betrifft den Aspekt der freien Ausübung der statutarischen Tätigkeit. Die Freiheit, Vereine zu bilden, soll gemäss BGE 101 Ia 286 ff. nur natürlichen Personen zustehen. Diese Praxis ist indessen nicht unbestritten.⁶⁾

1) Vgl. Burckhardt, Kommentar, S. 525.

2) Vgl. BGE 100 Ia 286.

3) Aubert, Traité, Nr. 2135 sowie Suppl. Nr. 2135 und Nr. 2150; Huber, Zwangsmitgliedschaft in der Gesamtstudentenschaft, S. 318; vgl. auch den in BJM 1974, S. 295 abgedruckten Bundesgerichtsentscheid; ebenso Häfelin/Haller, N. 1341; Müller/Müller, Grundrechte, Besonderer Teil, S. 143 f.

4) Vgl. zum Ganzen: Jürg Kugler, Zwangskörperschaften, Diss. Bern 1984, S. 148 ff., 163 ff.

5) Vgl. Aubert, Traité, Nr. 2137.

6) Vgl. insbesondere Müller/Müller, Grundrechte, Besonderer Teil, S. 146.

Die Garantie der Vereinsfreiheit können auch Ausländer beanspruchen. EMRK 11 sieht diesbezüglich besondere Einschränkungsmöglichkeiten vor.⁷⁾

2.3.10.2 Garantien in den Kantonsverfassungen

Keine Erwähnung findet die Vereinsfreiheit in den Verfassungen der Kantone Genf, Graubünden und Tessin. BS 10 verweist auch diesbezüglich auf die Bundesverfassung. Die Vereinsfreiheit gewährleisten AG 18, AI 2, BL 6, FR 10, JU 8, NW 1, OW 13, SG 28, SH 12, SO 14, TG 13, UR 12, VS 10, ZG 10 und ZH 3 allgemein. Im gleichen Sinne schützen LU 8, SZ 12 sowie GL 10 das Recht der Bürger resp. Einwohner, Vereine zu bilden. GL 10 übernimmt dabei die Formulierung von Art. 56 BV, LU 8 beschränkt das Recht dem Wortlaut nach auf die Einwohner. Im übrigen lässt sich keine Abweichung zur Garantie der Bundesverfassung erkennen.⁸⁾ Dies gilt umso mehr für VD 8, wo das Vereinsrecht nach Massgabe der Bundesverfassung gewährleistet ist. Das Recht, einem Verein fernzubleiben, erwähnen sodann AG 18 Abs. 2 und SO 13 Abs. 1 ausdrücklich.

BE 79 und NE 11 schützen die öffentlichen Vereine vor Beschränkung oder Verbot. Dies ist kaum einschränkend zu verstehen, wenn man davon ausgeht, dass alle jene Vereine öffentlich sind, welche an die Öffentlichkeit treten und erst dadurch Gegenstand von Beschränkungen werden können. Nicht anzunehmen ist, dass der Schutz nur jenen Vereinen zugedacht ist, welche in dem Sinne öffentlich sind, als ein freies Eintrittsrecht besteht. Diesfalls wäre die Garantie praktisch substanzlos.

Gemäss AR 18 schützt der Staat die Ausübung des Vereinsrechtes. Damit wird einer der genannten Aspekte der Vereinsfreiheit behandelt. Man kann sich indessen fragen, ob hier nicht eigentliche Leistungen des Staates in Form von Schutzpflichten versprochen werden.⁹⁾

7) Vgl. hierzu die Hinweise bei Müller/Müller, Grundrechte, Besonderer Teil, S. 146, insbesondere Anm. 24.

8) Vgl. zu ZH 3: BGE 98 Ia 362 ff., wonach die genannte Bestimmung keine selbständige Bedeutung hat; s. auch Streuli, S. 40.

9) Vgl. hinten S. 106.

2.3.10.3 Schranken

Art. 56 BV entzieht den Schutz der Vereinsfreiheit denjenigen Vereinen, welche in ihrem Zweck oder in den dafür bestimmten Mitteln rechtswidrig oder staatsgefährlich sind. Gleiche und ähnliche Formulierungen finden sich auch in verschiedenen Kantonsverfassungen.¹⁰⁾ Andere verweisen auf die Bundesverfassung oder das allgemeine Recht.¹¹⁾ Im übrigen gelten die allgemeinen Schranken zum Schutze der Polizeigüter.¹²⁾ Allen Massnahmen ist jedoch eigen, das sie nur repressiv und nicht präventiv erfolgen dürfen.¹³⁾

10) AG 18, BE 79, SZ 12: rechtswidrige Vereine; LU 8, GL 10: rechtswidrige und staatsgefährliche Vereine.

11) OW 13, NW 1, FR 10.

12) Häfelin/Haller, N. 1349.

13) BGE 96 I 229 m.H.

2.3.11. Versammlungsfreiheit

2.3.11.1 Garantie in der Bundesverfassung

In BGE 96 I 219 ff. wurde die Versammlungsfreiheit als ungeschriebenes Freiheitsrecht im Rahmen der Bundesverfassung anerkannt. Denselben Schutz sieht Art. 11 EMRK vor. Die Versammlungsfreiheit hat vorab die Garantie von Zusammenkünften mehrerer Personen zum Zwecke der Meinungsbetätigung zum Ziel ¹⁾ und enthält damit Aspekte der Meinungsäusserungsfreiheit. Kulturelle und gesellige Anlässe sollen nicht darunter fallen, ²⁾ ausser, wenn sie meinungsbildende Funktion haben. ³⁾ Letzteres ist das entscheidende Kennzeichen der geschützten Versammlungen. ⁴⁾ Unerheblich ist, ob die Versammlungen auf öffentlichem oder privatem Grund stattfinden. Eine eigentliche Demonstrationsfreiheit, welche den Anspruch auf Benützung des öffentlichen Grundes vorsieht, anerkennt das Bundesgericht bislang nicht. ⁵⁾ In der neueren Praxis wird jedoch ein "bedingter" Anspruch anerkannt, ⁶⁾ worauf im Rahmen der Darlegungen zu den Leistungsansprüchen aus Freiheitsrechten einzugehen sein wird. ⁷⁾ Die Träger der Versammlungsfreiheit sind identisch mit den Trägern der Vereinsfreiheit. Die besonderen Einschränkungen für Ausländer gelten wohl auch hier.

2.3.11.2 Garantien in den Kantonsverfassungen

In den kantonalen Verfassungen wird die Versammlungsfreiheit, wo sie vorgesehen ist, in der Regel im Zusammenhang mit der Vereinsfreiheit genannt. ⁸⁾ Durch den Verweis in BS 10 auf die Bundesverfassung wird

1) Bosshart, S. 35; Rüesch, S. 94 ff.

2) Bosshart, S. 34 f., Rüesch, S. 96 f. mit differenzierter Ansicht betr. kulturelle Veranstaltungen.

3) Müller/Müller, Grundrechte, Besonderer Teil, S. 135 f.

4) Müller/Müller, zit. Anm. 3, S. 135; Häfelin/Haller, N. 1325.

5) BGE 96 I 392 ff., 100 Ia 392 ff.

6) BGE 107 Ia 230.

7) Vgl. hinten S. 107.

8) AR 1, AI 2, BL 6, BE 79, JU 8, NE 11, NW 1, OW 13, SH 12, SO 14, TG 13, UR 12, VD 8, VS 10, ZG 10, ZH 3.

auch hier die Versammlungsfreiheit inkorporiert. AG 17 garantiert die Versammlungsfreiheit eigenständig.

NE 11 und BE 79 enthalten dem Wortlaut nach eine Einschränkung auf öffentliche Versammlungen. Grundsätzlich gilt hier das im Rahmen der Vereinsfreiheit Gesagte. Private Versammlungen stehen sodann – unabhängig von ihrem Charakter – unter dem in diesen Verfassungen ohnehin garantierten Hausrecht. SO 13 garantiert das Recht, einer Versammlung fernzubleiben. Da die Teilnahme an einer Versammlung notwendigerweise die physische Anwesenheit erfordert, wird diese Garantie, soweit sie einen Freiheitsanspruch gegenüber dem Staat enthält, inhaltlich von der persönlichen Freiheit erfasst sein. Unterschiede können sich indessen im Rahmen der Schrankendivergenzen ergeben. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass die kantonalen Garantien der Versammlungsfreiheit nicht über die im Rahmen der Bundesverfassung gegebene Freiheit hinausgehen. Dies gilt nicht für JU 8 lit. g, wo eine eigentliche Demonstrationsfreiheit garantiert ist. Eine Demonstration lebt von einer Appellwirkung,⁹⁾ welche in der Regel nur durch eine Versammlung auf öffentlichem Grund erreicht wird. Damit ist der schon genannte Leistungsanspruch angesprochen, welcher eigens zu behandeln sein wird. Die gleiche Bedeutung wie JU 8 lit. g hat m.E. BL 6 lit. d, wo die "Kundgebungsfreiheit" garantiert wird.

2.3.12.3 Schranken

Vereinzelte nehmen kantonale Verfassungen – analog zur Vereinsfreiheit – rechtswidrige Versammlungen von der Garantie aus.¹⁰⁾ Im übrigen gelten auch hier die allgemeinen Schranken. Versammlungen auf öffentlichem Grund können grundsätzlich bewilligungspflichtig erklärt werden,¹¹⁾ nicht aber solche auf privatem Grund.¹²⁾

9) Vgl. etwa Müller/Müller, Grundrechte, Besonderer Teil, S. 138.

10) So BE 79, NE 11 bezüglich rechtswidrigen Versammlungen.

11) BGE 96 I 223 ff.

12) BGE 107 Ia 300.

Im übrigen aber dürften auch hier in der Regel präventive Massnahmen unzulässig sein. Eine Ausnahme dürfte bei einer schweren Gefährdung der öffentlichen Sicherheit angebracht sein. Sodann sind die allgemeinen Beschränkungsgrundsätze zu beachten; eine Massnahme hat sich insbesondere gegen den Störer zu richten. Indessen kann umstritten sein, wer als Störer zu betrachten ist, so im Falle einer Gegendemonstration.¹³⁾

Die allgemeinen Schranken sind teilweise in den kantonalen Verfassungen erwähnt.¹⁴⁾ AG 17 und SO 13 bestimmen, dass Versammlungen auf öffentlichem Grund nur beschränkt werden können, wenn sie eine schwere und unmittelbare Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit darstellen. Ein solcher "clear and present danger test" wurde vom Bundesgericht im Zusammenhang mit der Pressefreiheit in BGE 60 I 223 vorgenommen. Gleiches entschied das Bundesgericht hinsichtlich der Veranstaltungen in privaten Räumen.¹⁵⁾ Bezüglich des öffentlichen Grundes besitzen AG 17 und SO 13 hingegen derzeit noch eigenständige Bedeutung.

13) Vgl. dazu BGE 103 Ia 315.

14) AR 16: Öffentliche Ordnung; SH 12: Sittlichkeit und Öffentliche Ordnung; TG 13: Beschränkungen des allgemeinen Rechts und der Sittlichkeit; VD 8: "ordre public et ...bonnes moeurs".

15) BGE 107 Ia 300, vgl. auch BGE 103 Ia 312.

2.3.12 Handels- und Gewerbefreiheit

2.3.12.1 Garantie in der Bundesverfassung

Art. 31 BV schützt die freie wirtschaftliche Tätigkeit des Einzelnen, also jene Tätigkeiten, welche auf Erwerb und Gewinn gerichtet sind. Unerheblich ist, ob diese Tätigkeit selbständig oder unselbständig,¹⁾ berufsmässig oder gelegentlich ausgeübt wird.²⁾

Ein Zusammenhang der Handels- und Gewerbefreiheit mit der privatrechtlichen Vertragsfreiheit ist unverkennbar. Geschützte Elemente sind etwa: die Berufswahlfreiheit,³⁾ die freie Wahl der privaten Erwerbstätigkeit, dies auch nach Ort und Zeit,⁴⁾ ebenso die freie Wahl der organisatorischen Mittel und der Geschäftsbeziehungen,⁵⁾ die interkantonale Freizügigkeit⁶⁾ sowie die Gleichbehandlung der Gewerbebesessenen.⁷⁾ Die Handels- und Gewerbefreiheit gilt auch auf dem öffentlichen Grund, jedenfalls solange keine Sondernutzung beansprucht wird.⁸⁾ Entgegen dem einschränkenden Wortlaut sind alle Berufsarten geschützt, insbesondere auch wissenschaftliche⁹⁾ und künstlerische Tätigkeiten.¹⁰⁾

Als Träger der Handels- und Gewerbefreiheit erscheinen natürliche und juristische Personen.¹¹⁾

1) BGE 84 I 20, 103 Ia 262.

2) Häfelin/Haller, N. 1383 mit Hinweisen; Aubert, Traité, Nr. 1876; BGE 99 Ia 604, vgl. aber BGE 103 Ia 262; a.A. Burckhardt, Kommentar, S. 233.

3) BGE 100 Ia 174 f.

4) BGE 105 Ia 67 ff.

5) Häfelin/Haller, N. 1391 f.

6) BGE 94 I 18 ff.

7) BGE 91 I 98.

8) BGE 101 Ia 473 ff, 108 Ia 136.

9) BGE 94 I 224 ff.

10) BGE 90 I 159 ff.

11) Häfelin/Haller, N. 1400 ff.

Grundsätzlich schützt die Handels- und Gewerbefreiheit nur die Schweizer. Die Ausländer konnten sich darauf nur im Rahmen von Staatsverträgen berufen. In BGE 108 Ia 150 ff. entschied das Bundesgericht jedoch, dass alle Ausländer mit Niederlassungsbewilligung "bezüglich ihrer Erwerbstätigkeit keinen fremdenpolizeilichen Schranken unterworfen sind, ausser der in Frage stehende Beruf sei ausnahmsweise und ausdrücklich Schweizer Bürgern vorbehalten".¹²⁾ Solches gilt etwa im Bereich des Rechtsanwaltsberufes.

2.3.12.2 Garantien in den Kantonsverfassungen

Einzelne Kantone gewähren die Handels- und Gewerbefreiheit nach Massgabe der Bundesverfassung.¹³⁾ Andere Verfassungen sprechen in enger Anlehnung an die Formulierung in der Bundesverfassung von der Freiheit von Handel und Gewerbe¹⁴⁾ resp. des Gewerbes¹⁵⁾ oder schlicht von der Handels- und Gewerbefreiheit.¹⁶⁾ Die Kantonsverfassungen von Zürich, Schaffhausen, Thurgau, Wallis und Graubünden¹⁷⁾ erklären die Ausübung jeder Berufsart in Kunst und Wissenschaft, Handel und Gewerbe als frei. Auch hier wird man "Beruf" im weitern Sinne zu verstehen haben. Da die Erwerbserzielung in Kunst und Wissenschaft, wie dargestellt, auch durch Art. 31 BV geschützt wird, ergibt sich auch hier keine eigene Bedeutung.

AG 20 gewährt neben dem Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung – wie auch JU 8 – jedem Schweizer das Recht auf freie Wahl und Ausübung des Berufes, was wie dargestellt, auch in Art. 31 BV enthalten ist.¹⁸⁾

12) Vgl. aber G. Müller, in "recht" 1 (1983), S. 109.

13) BS 10 gemäss Verweis auf die Bundesverfassung; FR 11, NE 15 (für Ausländer nach Massgabe der Staatsverträge), SZ 14 ("nach den Bestimmungen des eidgenössischen Rechts"), VD 9.

14) AR 15, AI 2, BE 81, GL 12, JU 8, SG 27, TI 4.

15) GE 9 "l'industrie".

16) LU 10, NW 1, OW 13, ZG 13.

17) GR 10, SH 17, TG 15, VS 10, ZH 21.

18) Vgl. auch den Bericht der Sachkommission, S. 15; Verhandlungen, S. 660.

Die Beschränkung auf Schweizerbürger entsprach der zum Zeitpunkt des Erlasses der Aargauer Verfassung noch geltenden Praxis.

Analog garantiert BL 6 das Recht auf freie Wahl und Ausübung eines Berufes und auf freie wirtschaftliche Betätigung, hier ohne Einschränkung auf Schweizer. SO 17 gewährleistet die freie wirtschaftliche Betätigung und bestimmt in Abs. 2, dass jeder seinen Beruf und seinen Arbeitsplatz frei wählen kann. Gemäss Abs. 3 nimmt der Kanton bei rechtmässigen Kampfmassnahmen zwischen den Sozialpartnern nicht Partei, was m.E. schon von Bundesrechts wegen gilt. UR 12 lit. k gewährleistet allgemein die Wirtschafts- und die Berufswahlfreiheit. All dies führt über die Garantie in der Bundesverfassung nicht hinaus, bleibt aber auch nicht hinter ihr zurück, mit der genannten Ausnahme von AG 20 im Rahmen der neueren Rechtsprechung.

Wenn AI 2 sodann die Freiheit des Verkehrs gewährleistet, so nennt diese Verfassung ja nur eine Voraussetzung des freien Handels und hat so auch keine spezielle Bedeutung.¹⁹⁾

2.3.12.3 Schranken

Gemäss Art. 31 Abs. 1 BV ist die Handels- und Gewerbefreiheit gewährleistet, soweit sie nicht durch Bestimmungen der Bundesverfassung und die darauf beruhende Gesetzgebung eingeschränkt wird. Vorbehalten sind sodann kantonale Vorschriften und kantonale Regalrechte. Die kantonalen Vorschriften dürfen den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit nicht einschränken (Art. 31 Abs. 2 BV). Die Bundesverfassung selbst sieht in Art. 31bis ff. BV diverse Einschränkungen vor. Im Rahmen von Art. 31bis Abs. 3 BV ist der Bund im Interesse der Gesamtheit befugt, von der Handels- und Gewerbefreiheit abzuweichen. Eine solche Kompetenz kommt den Kantonen gemäss Art. 31 Abs. 2 BV nicht zu, soweit dies in der Bundesverfassung nicht vorgesehen ist. Zulässig sind kantonale Massnahmen polizeilicher²⁰⁾ Natur, aber auch sozialpolitische²¹⁾ und sozial-

19) Vgl. den schon erwähnten BGE 108 Ia 136.

20) BGE 90 I 323, 109 Ia 36.

21) BGE 109 Ia 36, 108 Ia 146 ff., 103 Ia 596.

medizinische ²²⁾ Massnahmen. Sodann halten auch raumplanerisch motivierte Massnahmen ²³⁾ sowie baupolizeiliche Vorschriften ²⁴⁾ vor Art. 31 BV stand. Unzulässig sind hingegen wirtschaftspolitische Massnahmen. ²⁵⁾ Anders als wirtschaftspolizeiliche Massnahmen dienen die wirtschaftspolitischen Massnahmen der planmässigen Lenkung der Wirtschaft. ²⁶⁾ Das Verbot solcher Massnahmen ist insbesondere im Rahmen der verschiedentlich vorgesehenen Wirtschaftsförderung relevant. Insofern verschiedene Kantone die Handels- und Gewerbefreiheit nach Massgabe ²⁷⁾ oder in den Schranken der Bundesverfassung ²⁸⁾ gewährleisten, ist ohnehin keine Schrankendivergenz gegeben.

Andere Kantonsverfassungen nennen als Schranken allgemein die gesetzlichen ²⁹⁾ oder die durch das öffentliche Wohl bedingten polizeilichen Bestimmungen. ³⁰⁾ Die Erwähnung der kantonalen Regale ³¹⁾ stellt eine Wiederholung der schon in der Bundesverfassung vorgenommenen Regelung dar. Gemäss BE 82 trifft der Staat schützende Massnahmen gegen die gesundheitsschädliche Arbeitsüberlastung, eine gemäss Entscheid Griessen ³²⁾ auch im Rahmen der Bundesverfassung zulässige Massnahme.

Damit bestehen auch hier keine Divergenzen. Gemäss AG 20 sind nur polizeiliche und - nach Massgabe des Bundesrechts - wirtschaftspolitische Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit zulässig. Dabei ist zu beachten, dass die frühere Praxis des Bundesgerichtes gewisse sozialpolitische Massnahmen einem weiten Polizeibegriff zuordnete. ³³⁾ Das

22) BGE 109 Ia 37.

23) BGE 109 Ia 267.

24) BGE 108 Ia 143.

25) BGE 97 Ia 506, bestätigt in BGE 104 Ia 198, 103 Ia 596; vgl. die Konzeption bei Gygi, Wirtschaftspolitik, S. 237.

26) Häfelin/Haller, N. 1410.

27) Vgl. vorne Anm. 13.

28) AR 15, BE 81, GL 12, GR 10, LU 10, NW 1, OW 13, SG 27, ZG 13. NW 1 und OW 13 sprechen von den Schranken des Bundesrechts.

29) Etwa GE 9, TI 4.

30) Etwa SH 17, ZH 21, TG 15.

31) Etwa AG 20, AR 15.

32) BGE 97 I 499.

33) Vgl. etwa BGE 87 I 186 ff.

Bundesgericht kehrte allerdings schon vor den entscheidenden Beratungen im Aargauer Verfassungsrat zu einem engeren Polizeibegriff zurück und liess dafür eigentliche sozialpolitische Massnahmen zu.³⁴⁾ Es kann demnach nicht davon ausgegangen werden, die Aargauer Verfassung habe nur das festhalten wollen, was im Rahmen der bundesgerichtlichen Praxis galt. In den Beratungen wurde indessen die Auffassung vertreten, unter die nach Massgabe des Bundesrechtes zulässigen wirtschaftspolitischen Massnahmen würden auch sozialpolitische Massnahmen fallen.³⁵⁾ Wenn es die Meinung war, dass solcherart im Rahmen von AG 20 sozialpolitische Massnahmen zulässig sein sollten, so hat dies im Text keinen Ausdruck gefunden. Sozialpolitische Massnahmen sind ihrer Struktur nach von den wirtschaftspolitischen Massnahmen derart verschieden, dass sie nicht unter letztere subsumiert werden können. Da gerade die Verfassung des Kantons Aargau Wert auf sprachliche Präzision und auf Vollständigkeit legt, darf ihr deshalb nicht unterstellt werden, sie wolle auch sozialpolitische Massnahmen zulassen. Dies gilt unabhängig davon, dass die Aargauer Verfassung im übrigen soziale Anliegen fördern will.

34) BGE 97 I 504.

35) Eichenberger in Verhandlungen, S. 1277. Vgl. auch ders. in Verfassung, N. 20 zu § 20.

2.3.13 Eigentumsgarantie

2.3.13.1 Garantie in der Bundesverfassung

Die Eigentumsgarantie ¹⁾ wurde erstmals im Jahre 1959 in zwei un veröffentlichten Urteilen des BGer als ungeschriebenes Grundrecht der Bundesverfassung anerkannt. ²⁾ Im Zuge der verfassungsrechtlichen Ordnung des Bodenrechtes fand die Eigentumsgarantie 1969 als Art. 22ter BV ausdrückliche Aufnahme in die Bundesverfassung: "Das Eigentum ist gewährleistet".

Diese Garantie umfasst zweierlei:

- a) "Als Insitutsgarantie gewährleistet die Eigentumsgarantie die Aufrechterhaltung einer freiheitlichen Güterordnung, indem sie den Fortbestand des Privateigentums als eines privatrechtlichen Institutes sicherstellt". ³⁾
- b) "Als Bestandesgarantie schützt die Eigentumsgarantie die konkreten, einer bestimmten Person zustehenden privaten Vermögensrechte (Eigentum an Grund und Boden, an Fahrnis und Wertpapieren, an Immaterialgüterrechten usw.) gegen jede unrechtmässige Entziehung oder Beeinträchtigung durch den Staat". ⁴⁾

Der Begriff des Eigentums ist jener des Privatrechts. ⁵⁾ Er beinhaltet somit alle wohlerworbenen Privatrechte, nicht nur sachenrechtliche, sondern ebenso obligatorische Rechte, soweit sie vermögenswerten Charakter

1) Obwohl sich die Natur der Eigentumsgarantie in verschiedener Hinsicht von jener der anderen Freiheitsrechte unterscheidet (vgl. dazu vorne S. 45 Anm. 3), soll sie, der üblichen Systematik folgend hier behandelt werden.

2) Vgl. Entscheid Oberhänsli vom 24. Juni 1959 und Entscheid Heinrich vom 21. Oktober 1959; erster veröffentlichter Entscheid s. ZBl 62 (1961) S. 69 ff.

3) Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, BBl 1967 II S. 143; vgl. auch Schürmann, S. 34 ff.

4) Botschaft des Bundesrats, zit. Anm. 3, S. 143; auch Schürmann, S. 36 ff.

5) Schürmann, S. 29 und vorne S. 10.

ter haben.⁶⁾ Geschützt sind ebenso vermögenswerte Rechte, die sich aus dem öffentlichen Recht ergeben.⁷⁾ Träger dieser so verstandenen Garantie sind die Ausländer ebenso wie die Schweizer, natürliche ebenso wie juristische Personen. Die Bestandesgarantie deckt sich im Falle eines Entzuges weitgehend mit der in Art. 22ter verankerten Wertgarantie.⁸⁾

2.3.13.2 Garantien in den Kantonsverfassungen

Alle Kantonsverfassungen, ausser jener des Kantons Tessin,⁹⁾ gewähren die Eigentumsgarantie ausdrücklich.¹⁰⁾ Während einzelne Kantonsverfassungen nur vom Schutz des Eigentums sprechen,¹¹⁾ garantieren andere Verfassungen die Unverletzlichkeit des Eigentums und anderer Privatrechte.¹²⁾ Die neueren Verfassungen sprechen allgemeiner vom "Eigentum und vermögenswerten Rechten"¹³⁾ oder von "privaten Rechten" und "unentziehbaren Ansprüchen".¹⁴⁾

JU 12 anerkennt das Eigentum "in seiner sozialen Funktion", ähnlich verankerte der Vorentwurf zu SO 17 die Bindung des Eigentums an das Gemeinwohl.

In der älteren Praxis nahm das BGer auf diese unterschiedlichen Formulierungen im allgemeinen Rücksicht.¹⁵⁾

6) Vgl. Botschaft, zit. Anm. 3, S. 138; Schürmann, S. 29 bei Anm. 5. Nicht geschützt sind jedoch rein tatsächliche Interessen oder Erwerbsaussichten.

7) Vgl. BGE 103 Ia 35: Öffentlichrechtlicher Abgabevergünstigungsvertrag; BGE 70 I 10 ff.: vermögensrechtliche Ansprüche der Beamten aus dem Dienstvertrag; vgl. auch Imboden/ Rhinow Nr. 122, S. 849 ff. und vorne S. 10.

8) Vgl. Schürmann, S. 38.

9) Dort wurde allerdings eine implicite Geltung angenommen; vgl. Botschaft, zit. Anm. 3, S. 134; vgl. aber BGE 35 I 571.

10) AG 21, AI 4, AR 12, BL 6, BS 5, BE 89, FR 12, GE 6,7, GL 8, GR 9, JU 12, LU 9, NE 8, NW 1, OW 14, SG 31, SH 19, SZ 13, SO 16, TG 11, UR 12, VD 6, VS 6, ZG 11, ZH 4.

11) Vgl. etwa AR 12.

12) So GR 9 Abs. 4.

13) So AG 21, BL 6, SO 13.

14) So NW 1.

15) Vgl. BGE 47 II 511: "dass jene Garantien sich nicht in der Bundesverfassung, sondern nur in mehr oder weniger grossem Umfange und in verschiedener Fassung in den Kantonsverfassungen finden..."; vgl. auch BGE 37 I 516 ff.; Saladin, Grundrechte, S. 115.

In der neueren Praxis hingegen erklärt das BGer - im Einklang mit der Lehre ¹⁶⁾ - die textlichen Unterschiede für unwesentlich, ¹⁷⁾ was aber - darauf weist auch Imboden ¹⁸⁾ hin - keineswegs selbstverständlich ist.

Geschützt waren zunächst jene Rechte, die aus der Privatrechtsordnung des Bundes oder der Kantone abgeleitet werden konnten, ¹⁹⁾ und zwar gegen willkürliche ²⁰⁾ resp. "eigenmächtige, unbefugte Eingriffe der Staatsgewalt"; ²¹⁾ die Eigentumsgarantie schützte die Substanz des Eigentums ²²⁾ gegen solche Eingriffe, die der gesetzlichen Grundlage entbehren. ²³⁾

Diese Beschränkung der Prüfung wurde auch bei früheren Entscheiden zur persönlichen Freiheit festgestellt. ²⁴⁾ Die Institutsgarantie wird nicht behandelt.

Der Begriff des Eigentums umfasste schon damals nicht nur die sachenrechtlichen Formen, sondern ebenso Forderungen, ²⁵⁾ und nicht nur solche Rechte, die im Privatrecht gründen, sondern auch solche, die durch einen einseitigen behördlichen Akt begründet wurden, "insofern sie zur Zeit der Entstehung der Eigentumsgarantie unter den Privatrechten mitverstanden werden wollten". ²⁶⁾

Schwer tat sich das BGer allerdings, unter die Eigentumsgarantie generell die im öffentlichen Rechte begründeten, den Privaten zustehenden Vermögenswerte zu subsumieren. ²⁷⁾ Dies geschah dann in klarer Weise

16) Vgl. Imboden, Tragweite, S. 270 mit Hinweisen.

17) BGE 74 I 470.

18) Imboden, Tragweite, S. 270.

19) Imboden, Tragweite, S. 272.

20) So auch Formulierung von BS 5, BGE 31 I 306.

21) BGE 34 I 204.

22) BGE 37 I 516.

23) BGE 36 I 686.

24) Vgl. vorne S. 9.

25) Vgl. etwa BGE 37 I 516.

26) BGE 57 I 212; BGE 48 I 604 betr. Konzessionen.

27) Eindeutige Ablehnung in BGE 50 I 75 mit Hinweisen; Imboden, Tragweite, S. 272 f.

in BGE 70 I 21,²⁸⁾ wobei es nicht richtig ist, wenn das BGer in diesem Entscheid erklärt, es habe dies von jeher anerkannt und den ablehnenden Entscheid BGE 50 I 75 als auf einem Missverständnis beruhend bezeichnet, stützt sich doch dieser letztere selber auf eine ausgedehnte Praxis.

Die dargestellte Entwicklung in Richtung einer Ausdehnung der kantonalen Garantien - zusammen mit der vorgenommenen Nivellierung der Texte - lässt nun zweifellos den Schluss zu, dass die kantonalen Garantien nicht mehr, aber auch nicht weniger als Art. 22ter BV schützen.²⁹⁾

2.3.13.3 Schranken

Art. 22ter BV schreibt ausdrücklich vor, dass der Bund und die Kantone "auf dem Wege der Gesetzgebung im öffentlichen Interesse" Enteignungen und Eigentumsbeschränkungen vornehmen können.

Dieser Grundsatz findet sich in gleicher Weise auch in den meisten Kantonsverfassungen.³⁰⁾

Die in Art. 22ter Abs. 3 BV vorgesehene Wertgarantie³¹⁾ findet sich ebenfalls in den meisten Kantonsverfassungen.³²⁾ Diese Entschädigung ist das Gegenstück zur weitgehenden Beschränkbarkeit des Eigentums, eben auch aus sozialpolitischen Gründen,³³⁾ so dass sich aus der Formulie-

28) Weitere Beispiele: vgl. Imboden/Rhinow, Nr. 122.

29) So auch BGE 93 I 137, vgl. auch ZBl 62 (1961) S. 72; zu AG 21: vgl. Eichenberger in Verhandlungen, S. 661.

30) Vgl. etwa AG 21 Abs. 2, AR 12 Abs. 2, AI 4 Abs. 2+3.

31) Bei formellen und materiellen Enteignungen; zum Begriff der materiellen Enteignung vgl. etwa BGE 107 Ib 229 ff.

32) AG 21, AI 12, BS 5, BE 89, FR 12, GE 6, GL 8, JU 12, LU 9, NE 8, NW 7, OW 14, SG 31, SH 19, SZ 13, SO 16, TG 11, VD 6, VS 6, ZG 11, ZH 4.

33) So ist etwa ein Abbruchverbot zur Bekämpfung der Wohnungsnot grundsätzlich zulässig: BGE 99 Ia 40. Enteignungen aus polizeilichen Gründen sind nicht zu entschädigen (vgl. Weber-Dürler, Der Grundsatz des entschädigungslosen Polizeieingriffs, in: ZBl 85 (1984), S. 296), wobei allerdings die Definition des Polizeibegriffs etwelche Mühe bereitet.

rung von JU 12, dass das Eigentum in seiner privaten und sozialen Funktion anerkannt sei, nichts eigenständiges ergibt.³⁴⁾

Bis zur Revision postulierten BL 9 und NE 8 ebenso wie die noch geltenden BE 89 Abs. 2, GE 6 Abs. 2 und VD 6 Abs. 2 eine vorgängige Entschädigung des Eigentümers. Durchführbar ist solches indessen wohl nur bei formellen Enteignungen. Wenn eine materielle Enteignung stattfindet, etwa durch Immissionen eines öffentlichen Werkes, kann eine solche Entschädigung selbstverständlich erst nach erfolgter und festgestellter Enteignung erfolgen. Diesem Umstand trägt JU 12 Abs. 2 Rechnung, wonach die Entschädigung nur "si possible" vorgängig ausgerichtet werden muss.³⁵⁾

Darüber hinaus sehen etliche Kantonsverfassungen vor, dass streitige Entschädigungsforderungen von einem Gericht entschieden werden müssen.³⁶⁾

JU 12 Abs. 5 sieht die Kompetenz zur Einräumung eines Vorkaufsrechtes auf gesetzlichem Wege zugunsten des Staates und der Gemeinden vor,³⁷⁾ was an die vom Bundesgericht als wegen Verstosses gegen die Institutsgarantie rechtswidrig erklärte Basler Initiative "Gegen die Bodenspekulation..."³⁸⁾

34) Vgl. auch Abs. 3 mit gleichem Resultat; zu den Schranken des Eigentums vgl. etwa Tuor/Schnyder, S. 554.

35) Dies gilt allerdings nicht nur für den Fall der materiellen Enteignung, sondern auch im Falle von Rekursen gegen die Entschädigungsfestsetzung, vgl. Journal officiel, Nr. 3, S. 31; dieser Passus war übrigens im Verfassungsrat nicht unbestritten, vgl. Journal officiel, Nr. 3 S. 31 f.

36) So BE 89, GE 6, SG 31, ZH 4; ähnlich LU 9.

37) "La Loi peut conférer un droit de préemption à l'état et aux communes lorsqu'un intérêt public prépondérant l'exige".

38) Vgl. BGE vom 17. Juni 1959, ZBl 61 (1960) S. 281 ff. (Liberalsozialisten).

erinnert. Die Intention ist vorliegend dieselbe.³⁹⁾ Indessen scheint die Bestimmung der Verfassung des Kantons Jura kein generelles Vorkaufsrecht und keinen generellen Kaufauftrag anzustreben.⁴⁰⁾ Dies erhellt sich aus der Debatte im Verfassungsrat. Es wurde denn auch die zurückhaltendste, dafür aber klarste der diskutierten Formulierungen verabschiedet. Fraglich ist, ob man mehr anstreben wollte, als das, was - wie gezeigt - schon im Rahmen von Art. 22ter unter dem Titel Sozialpolitik möglich ist, wobei eine der Verwirklichungsformen mittels Vorkaufsrecht ausgeübt wird. In der Gewährleistungskommission des Ständerates war aber diese Bestimmung nicht unumstritten.

39) Vgl. Journal officiel Nr. 3 S. 36.

40) Vgl. das Votum Stadelmann, Journal officiel Nr. 3 S. 37 f., wo die Verfassungswidrigkeit eines generellen Vorkaufsrechtes erkannt wird.

2.3.14. Niederlassungsfreiheit

2.3.14.1 Garantie in der Bundesverfassung

Art. 45 BV in der Fassung gemäss Revision vom Jahre 1975 drückt sich unmissverständlich aus: "Jeder Schweizer kann sich an jedem Orte des Landes niederlassen".

Unterschiede zwischen Kantonsbürgern und Schweizerbürgern, wie sie in einzelnen Kantonsverfassungen vorgesehen sind, macht die Bundesverfassung nicht. Die Niederlassungsfreiheit umfasst sowohl das "auf eine gewisse Dauer berechnete Verweilen an einem Ort", ¹⁾ enthält aber auch einen Anspruch auf bloss vorübergehenden Aufenthalt. ²⁾ Darüber hinaus umfasst die Niederlassungsfreiheit auch das Recht, die Niederlassung zu verlegen, ebenso das Recht zum Auswandern.

Die Niederlassungsfreiheit gilt von Bundesrechts wegen nicht nur interkantonal, sondern auch interkommunal. ³⁾ Sie schützt nur den Schweizerbürger, Ausländer geniessen dieselbe nach Massgabe der anwendbaren Staatsverträge. Hinsichtlich der Rechte der Niedergelassenen ist zudem Art. 43 BV zu beachten.

2.3.14.2 Garantien in den Kantonsverfassungen

Keine Regelung der Niederlassungsfreiheit kennen nur die Verfassungen der Kantone Graubünden und Tessin. Die meisten Kantonsverfassungen verweisen auf die Bundesverfassung resp. das Bundesrecht ⁴⁾ und erfahren so keine inhaltliche Veränderung zu Art. 45 BV. Gemäss OW 13 gilt die Niederlassungsfreiheit innert den Schranken des Bundesrechts. VS 10 und

1) BGE 93 I 17.

2) Vgl. BGE zit. Anm. 1 und Fleiner/Giacometti, S. 249.

3) BGE 68 I 129.

4) AI 14, AR 14, BE 80 Abs. 2, BS 10, FR 11, GL 13, LU 21, NE 15, SG 44, SZ 14, VD 9, ZG 22.

GE 9 garantieren "die freie Niederlassung", BL 6, JU 8, SO 15, NW 1 und UR 12 die "Niederlassungsfreiheit", während TG 14 und ZH 14 das Niederlassungsrecht von der Erfüllung der gesetzlichen Bedingungen und SH 16 von der Hinterlage des Heimatscheins oder einer gleichbedeutenden Ausweisschrift abhängig machen. AG 16 verspricht Freizügigkeit auf dem ganzen Kantonsgebiet und erwähnt auch das Recht zum Ausreisen. Auch hier lässt sich eine Abweichung von Art. 45 BV nicht ersehen, mit Ausnahme von SH 16, wenn die daselbst genannten Voraussetzungen auch beim gewöhnlichen Aufenthalt angewendet werden wollen.⁵⁾

2.3.14.3 Schranken

Mit der genannten Revision der Bundesverfassung fielen auch die meisten Schranken der Niederlassungsfreiheit, so jene wegen Entzugs der bürgerlichen Rechte (aBV 43 Abs. 2),⁶⁾ sowie wegen Armut (BV 45 Abs. 2 und 4) dahin.

Nicht als Schranke stellt sich der nach wie vor erlaubte Einzug einer Gebühr (im Rechtssinne) für die Ausstellung der Niederlassungsbewilligung dar.

Das BGer hat in mehreren Entscheiden die Residenzpflicht von Beamten als zulässig erklärt, so - dies ist unbestritten - aus dienstlichen, aber auch aus anderen, etwa fiskalischen Gründen.⁷⁾ Gerade bei letzteren werden die allgemeinen Voraussetzungen für Beschränkungen, so vor allem das Verhältnismässigkeitsprinzip, besonders zu beachten sein.⁸⁾ Einige Kantonsverfassungen sehen dem Wortlaut nach hinsichtlich der Beschränkbarkeit der Niederlassungsfreiheit Unterschiede zwischen Kan-

5) So auch der Verfassungsredaktor Eichenberger, in Verhandlungen, S. 659 zu AG 16.

6) Diese Schranke verlor ihre faktische Geltung ohnehin mit der Revision des StGB vom 18. März 1971, welche die Aufhebung des Art. 52, Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit, beinhaltete.

7) Vgl. BGE 103 Ia 455 ff., 106 Ia 31; Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentseide 1979 III. N. 27.

8) S. Kritik von J.P. Müller in ZBJV 115 (1979), S. 128 f.; Hangartner, Entwicklungstendenzen im öffentlichen Dienstverhältnis, ZSR 98 (1978), S. 399; BGE 106 Ia 31 nimmt darauf Bezug.

tons- und anderen Schweizerbürgern vor.⁹⁾ Da diese Verfassungen gleichzeitig auf die Bestimmungen der Bundesverfassung verweisen und die früher dort vorgesehenen unterschiedlichen Beschränkungsmöglichkeiten aufgehoben worden sind, erweisen sich diese Unterschiede als bedeutungslos.

2.3.15 Weitere Freiheitsrechte

2.3.15.1 Ehefreiheit

Das "Recht zur Ehe", garantiert in Art. 54 BV, beinhaltet insbesondere, dass der Staat die Eheschliessung "weder aus kirchlichen oder ökonomischen Rücksichten, noch wegen bisherigen Verhaltens oder aus anderen polizeilichen Gründen" beschränken darf. Polizeilich motivierte Anordnungen dürfen nicht geradezu zur Verhinderung der Eheschliessung getroffen worden sein; sind jedoch polizeiliche Massnahmen in anderem Zusammenhang getroffen worden, so können sie die Eheschliessung ohne Verstoß gegen Art. 54 BV faktisch eben doch verhindern.¹⁾

Andere Gesichtspunkte ergeben sich auch nicht aus SH 15, welcher Art. 54 Abs. 1 und 2 BV praktisch wörtlich wiederholt.

BL 6 lit. h, JU 8 lit. c, UR 12 lit. b und SO 9 garantieren das Recht auf Ehe und Familie. Letzteres ist bei einzelnen Ausländerkategorien durch den Bundesgesetzgeber indessen aufgehoben.²⁾

Alle anderen kantonalen Verfassungen erwähnen das Recht auf Ehe nicht.

9) So BE 80, ZG 22.

1) BGE 75 II 3 f.

2) Vgl. dazu den Entscheid des BGer vom 3.11.1971, abgedruckt in ZBl 73 (1972) S. 373; Moser, Die Rechtsstellung des Ausländers in der Schweiz, ZSR 86 II (1967), S. 375; zu Art. 8 Ziff. 1 EMRK: BGE 111 Ib 5.

2.3.15.2 Sprachenfreiheit

Die Bundesverfassung gewährt die Sprachenfreiheit als Freiheit zum Gebrauch der Muttersprache sowie die Freiheit, letztere "an die Nachkommen weiterzureichen", ³⁾ gemäss Praxis des BGer als ungeschriebenes Grundrecht. ⁴⁾ Bezüglich der Nationalsprachen wird diese Garantie überdies aus Art. 116 BV abgeleitet.

Die Sprachenfreiheit wird nun allerdings vom Territorialprinzip beherrscht, d.h. die Behörden eines Kantons sind im Rahmen der allgemeinen Voraussetzungen der Freiheitsrechtsbeschränkungen befugt, über die überkommene sprachliche Zusammensetzung des Landes zu wachen. ⁵⁾

Insoweit einzelne Kantonsverfassungen die Sprache überhaupt erwähnen, sind die Regelungen als Ausfluss dieses Prinzips konzipiert, etwa wenn JU 3 das Französische, VS 12 das Französische und das Deutsche zur Landessprache erklären, oder wenn BE 2 unter anderem statuiert, dass den spezifischen sprachlichen und kulturellen Bedürfnissen Rechnung zu tragen ist.

3) Vgl. Kloss, Grundregeln der Ethnopolitik im 20. Jahrhundert (die Sprachgemeinschaften zwischen Recht und Gewalt), Ethnos Bd. 7, Wien/Stuttgart 1961, S. 131; Rudolf Villetta, Die Regelung der Beziehungen zwischen den schweizerischen Sprachgemeinschaften, ZBl 82 (1981), S. 206 ff.

4) Vgl. BGE 100 Ia 465, 91 I 480 ff.

5) Vgl. BGE 106 Ia 303.

2.4 Das konstitutive Element der Freiheitsrechte

Es wurde schon auf die Tendenz, Freiheitsrechte nicht nur als Normen zum Schutz vor staatlichen Eingriffen zu betrachten, hingewiesen.¹⁾ Die genannten zwei Aspekte des konstitutiven oder konstitutiv-institutionellen Charakters von Freiheitsrechten sollen nachstehend mit Bezug auf die konkreten Ergebnisse in Gesetzgebung und Praxis eingehender beleuchtet werden.

2.4.1 Drittwirkung

2.4.1.1 In der Bundesverfassung

Art. 4 Abs. 2 BV bestimmt, dass Mann und Frau gleichberechtigt sein sollen. Das Gesetz habe für die Gleichstellung zu sorgen. Sodann wird direkt bestimmt, dass Mann und Frau für gleichwertige Arbeit Anspruch auf gleichen Lohn haben sollen. Diese Bestimmung will ein Prinzip, welches für den Staat als Arbeitgeber schon früher galt,²⁾ auf private Arbeitgeber ausdehnen. Die Norm soll direkt, d.h. ohne weitere Konkretisierung, anwendbar sein.³⁾ Dies jedenfalls ergibt sich aus den Materialien.⁴⁾ Die Gerichtspraxis dazu ist indessen uneinheitlich.⁵⁾

Durch Umkehrschluss kann man Art. 49 Abs. 3 entnehmen, dass der Erziehungsberechtigte nach dem 16. Altersjahr die religiöse Überzeugung seines Zöglings zu beachten habe.⁶⁾

1) Vgl. vorne S. 32 ff.

2) BGE 103 Ia 517 ff., 109 Ib 81 ff.

3) Vgl. aber Hans Huber, Gleiche Rechte für Mann und Frau, S. 161 ff.

4) Vgl. Botschaft des Bundesrates, BBl 1980, 1/1, S. 143 und das Votum von SR J.F. Aubert, Amtl. Bull. SR 1980, S. 571 f.

5) Für die direkte Anwendbarkeit sprach sich das Arbeitsgericht Unter-
rheintal in einem Entscheid abgedruckt in SJZ 81 S. 249 f., aus,
dagegen das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich in einem Entscheid
vom 2. März 1983, abgedruckt in ZR 82 (1983) Nr. 71.

Zum letzteren Entscheid vgl. indessen das BGer in ZBl 85 (1984), S.
162. Ferner Verw. Ger. ZH in ZBl 87 (1986), S. 316 ff.

6) So J.P. Müller, Grundrechtstheorie, S. 82; vgl. auch Art. 303 Abs. 3
ZGB.

Auch wenn man mit der herrschenden Lehre annimmt, die Vereinsfreiheit gemäss Art. 56 BV enthalte die "negative" Vereinsfreiheit, - d.h. das Recht, einem Verein fernzubleiben - so impliziert dies keine Drittwirkung, solange lediglich staatlicher Zwang ausgeschlossen wird. In Art. 34ter Abs. 2 BV wird bestimmt, dass keine Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen erfolgen darf, wenn letztere die Verbandsfreiheit beeinträchtigen. Die negatorisch verstandene Verbandsfreiheit kann indessen im Rahmen von Gesamtarbeitsverträgen gar nicht beeinträchtigt werden, da deren Partner notwendigerweise Private sind. M.E. ist der Umkehrschluss, mit dieser Bestimmung werde indirekt die Drittwirkung der Vereinsfreiheit anerkannt, nicht zulässig. Hier ist die privatrechtliche Verbandsfreiheit gemeint, welche sich insbesondere aus Art. 356a Abs. 1 OR, allerdings eingeschränkt durch Abs. 3 dieser Bestimmung, ergibt.

Das Bundesgericht hält zuweilen generell am negatorischen Grundrechtsverständnis fest.⁷⁾ Demgegenüber finden sich aber auch Entscheidungen, in denen mindestens eine indirekte Drittwirkung bejaht wird. So etwa in BGE 4 S. 434 f. zu Art. 49 BV:

"So wenig der Staat nach Art. 49 der Bundesverfassung seinen Angehörigen ein bestimmtes religiöses Bekenntnis vorschreiben oder verbieten oder denselben wegen ihres Glaubens die Ausübung irgendwelcher bürgerlicher Rechte ganz oder teilweise vorenthalten darf, so wenig steht dem Ehemann das Recht zu, die religiöse Überzeugung seiner Ehefrau zu beherrschen und deren Glaubens- und Gewissensfreiheit Zwang anzutun" (S. 435).

In BGE 101 IV 167 ff. erklärte das BGer zur Meinungsäusserungsfreiheit: "Ein Freiheitsrecht muss unter Respektierung der Freiheit der anderen ausgeübt werden" (S. 173). Diese Bemerkung ist umso interessanter, als das BGer hier ohne Not von einer horizontalen Wirkung ausging. Denn es

7) Vgl. dazu Saladin, Grundrechte, S. 27 ff.

ist ohnehin klar, dass das Strafgesetz eine Grenze der Meinungsäusserungsfreiheit darstellt.⁸⁾

Auch die Wirkung der Pressefreiheit unter Privaten war Gegenstand bundesgerichtlicher Erörterung. Das BGer hat hier den Standpunkt eingenommen, bei der Beurteilung von Persönlichkeitsverletzungen durch die Presse sei bei der Auslegung von Art. 28 ZGB den besonderen Verhältnissen und Aufgaben der Presse Rechnung zu tragen.⁹⁾ Im übrigen wird allerdings in diesem Entscheid offengelassen, ob die Bestimmungen des ZGB und OR im Geiste der Verfassung auszulegen seien.¹⁰⁾

In einem Entscheid zur Handels- und Gewerbefreiheit vor Erlass des Kartellgesetzes, stellte das BGer fest, der in der Bundesverfassung vorgesehene freie Wettbewerb dürfe nicht durch private Abmachungen ausgeschaltet werden.¹¹⁾

In BGE 103 Ia 290 führte das BGer aus, dass ein Gesetz in erster Linie aus sich selbst, d.h. aus seinem Wortlaut, Sinn und Zweck sowie nach den ihm zugrundeliegenden Wertungen auszulegen ist; laut BGE 105 Ib 53 ist von verschiedenen möglichen Auslegungsergebnissen jenes zu wählen, welches der Verfassung entspricht.

Sodann hat das Bundesgericht in BGE 97 I 914 festgestellt, dass sich ein privater Eigentümer einer Versammlung auf seinem Grundstück widersetzen könne, dies gestützt auf sein Eigentumsrecht.

Aus diesen Entscheiden wird man kaum die allgemeine Geltung der Drittwirkung im Rahmen der Bundesverfassung ableiten können.

8) Diese Grenze wird allerdings verwischt, wenn man das Strafrecht zugunsten des Störers verfassungskonform auslegt. Vgl. dazu allerdings BGE 104 IV 12 ff.

9) BGE 95 II 492 ff.

10) Ebenso BGE 91 II 408, 43 I 42 ff..

11) BGE 86 II 365 ff.

Zu beachten ist auch, dass es der Verfassungsgeber für notwendig erachtete, im Rahmen von Art. 4 Abs. 2 BV die Drittwirkung ausdrücklich zu statuieren. In einem anderen Fall wurde die Festschreibung der Drittwirkung im Rahmen der Handels- und Gewerbefreiheit abgelehnt.¹²⁾

Immerhin lässt sich feststellen, dass sich in der Praxis die Erkenntnis durchsetzt, dass die Grundrechtsnormen bei der Regelung der Beziehungen der Privaten untereinander nicht völlig bedeutungslos sein können.

2.4.1.2 In den kantonalen Verfassungen

2.4.1.2.1 Aargau

Gemäss AG 7 Abs. 1 ist alle Staatsgewalt, also Kanton, Gemeinde und alle Träger von öffentlichen Funktionen, an die Grundrechte gebunden, wo dem Bürger herrschaftlich begegnet wird.¹⁾ Dies spricht nun zunächst etwas Selbstverständliches aus. Dass die Staatsgewalt die Verfassung und damit auch die damit normierten Grundrechte zu achten hat, ergibt sich schon aus dem Wesen – der Bindungskraft – der Verfassung selbst. Indessen wird mit dieser Bestimmung noch keine Rangordnung festgelegt, in dem Sinne etwa, dass die Auslegung der anderen Normen durch die staatlichen Organe von den Grundrechtsnormen geprägt sein soll.

Sodann bestimmt AG 7 Abs. 2, dass die Grundrechte, "soweit sie ihrem Wesen nach dazu geeignet sind", die Privaten untereinander verpflichten. Damit ist, mit der genannten Einschränkung, vom Wortlaut her zweifellos eine Drittwirkung statuiert, wobei die Fassung eher auf eine direkte Drittwirkung hinweist. Nach Meinung des Verfassungsredaktors soll die Bedeutung dieser Bestimmung anhand praktischer Fälle allmählich ausgelotet werden.²⁾ Ständerat J.F. Aubert vertrat in der Gewährleistungsde-

12) Vgl. Antrag Duttweiler in Sten.Bull. NR 1938, S. 337 ff.

1) Eichenberger, in: Verhandlungen, S. 645 und ders. in: Verfassung N. 1 ff. zu § 7.

2) Eichenberger, in: Verhandlungen, S. 995 f. In Verfassung, N. 6 zu § 7 führt Eichenberger aus, es sei "offensichtlich" die "sog. unmittelbare Drittwirkung ausgesprochen." Die Bestimmung soll auch für Grundrechte der Bundesverfassung und der EMRK gelten, ders., N. 11 zu § 7.

batte die Auffassung, es könne angesichts der allgemeinen Formulierung nur eine indirekte Drittwirkung gemeint sein.³⁾ Zunächst lässt sich feststellen, dass der Wortlaut die Erkenntnis reflektiert, dass nicht alle Grundrechte geeignet sind, Drittwirkung zu entfalten.⁴⁾ Sodann waren dem Verfassungsredaktor und offensichtlich einem grossen Teil des Verfassungsrates bewusst, dass die Statuierung einer Drittwirkung im Hinblick darauf, dass die meisten Privatrechtsbeziehungen durch das Bundesrecht beherrscht werden, nicht unproblematisch ist.⁵⁾ Verschiedentlich wurde die Meinung geäussert, die vorsichtige Formulierung berücksichtige diese Problematik.⁶⁾ Dem kann nicht zugestimmt werden. Ob ein Grundrecht seinem Wesen nach geeignet ist, unter Privaten Wirkungen zu entfalten, betrifft nicht die Frage, ob eine Norm dies auch darf, d.h. ob der Grundrechtsgesetzgeber kompetent ist, die Norm mit einer solchen Wirkung auszustatten. Es gab denn auch seitens des Aargauer Obergerichtes⁷⁾ und des Aargauischen Juristenvereins⁸⁾ im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens Kritik an dieser Norm. Dem Streichungsantrag dieser Institutionen wurde nicht gefolgt, ebensowenig wie anderen Präzisierungs- resp. Streichungsanträgen.⁹⁾

Fraglich ist, ob die Bestimmung in AG 18 Abs. 2, wonach niemand zur Mitgliedschaft in einer privatrechtlichen Vereinigung gezwungen werden darf, lediglich den staatlichen Zwang anspricht.^{9a)}

3) Amtl. Bull. SR 1981 S. 416 f.

4) Vgl. vorne S. 35.

5) Vgl. Bericht I, S. 29; Verhandlungen, S. 645, 993; Eichenberger, Verfassung, N. 7 zu § 7.

6) Bericht I, S. 29, Verhandlungen, S. 645.

7) Bericht III, S. 46.

8) Bericht III, S. 51.

9) Vgl. Verhandlungen, S. 996, 1204 f.

9a) Vgl. aber Eichenberger, Verfassung, N. 8 zu § 18.

2.4.1.2.2 Jura

Analog zu AG 7 Abs. 1 bestimmt JU 14 Abs. 1, dass alle Staatsgewalt an die Grundrechte gebunden ist. Abs. 2 der letztgenannten Bestimmung lehnt sich an die Formulierung im Vorentwurf 1977 für die Bundesverfassung an: "Jeder achtet bei der Ausübung seiner Grundrechte die Grundrechte der anderen".

Auch der Gehalt dieser Bestimmung ist unklar. Die Lösung von Grundrechtskollisionen ¹⁰⁾ scheint nicht angestrebt zu sein. Eine solche Norm wäre hierzu in ihrer Allgemeinheit nicht geeignet, insbesondere weil sie die Festlegung einer Rangordnung vermeidet. Aus der Systematik und der Marginalie "Wirkungen der Grundrechte" ist eher zu schliessen, dass in irgendeiner Form Wirkung der Grundrechte unter den Privaten im Sinne einer Drittwirkung gemeint ist. Laut Votum des Berichterstatters Fridez, sei "dans un langage plus familier" gemeint, "que toute liberté finit où commence celles d'autres". ¹¹⁾

Nun ist dazu zunächst zu bemerken, dass die Beschränkungen in der Ausübung von Grundrechten von Privaten durch andere Private nur selten durch die Ausübung der Grundrechte geschieht. Wer etwa als Saalhaber einem Verein den Zugang zu seinem Saal verweigert, wer die Niederlassung von Drogensüchtigen durch den Verkauf seines Hauses an andere Personen verhindert, der tut dies ja nicht – oder jedenfalls nicht primär – in Ausübung seiner Handels- und Gewerbefreiheit, sondern er wird sich auf die im Obligationenrecht festgelegte Privatautonomie berufen.

Umgekehrt: Wer seine Meinungsäusserungsfreiheit dazu benützt, andere zu beleidigen oder Intimitäten preiszugeben, der wird die Reaktion des anderen zunächst über Art. 28 ff. ZGB und das Strafgesetz erleben und nicht durch Berufung auf die Menschenwürde und die persönliche Freiheit;

10) Vgl. vorne S. 37 f.

11) Journal officiel Nr. 4, S. 8; Häberle, S. 315 bei Anm. 47, geht davon aus, dass mit dieser Bestimmung die Drittwirkung angesprochen werde.

wer andere abhört wird desgleichen wegen Verletzung strafrechtlicher Normen zur Rechenschaft gezogen werden und nicht wegen Verletzung des Hausrechts oder der Intimsphäre im Rahmen der persönlichen Freiheit. Und der Verletzer wird seine Handlung kaum mit der Ausübung eines Freiheitsrechtes begründen.

Wenn Grundrechtsbeschränkungen durch Private vorkommen, so werden sich also meist ein Grundrecht und eine im Privatrecht begründete Befugnis gegenüberstehen und nicht zwei Grundrechte;¹²⁾ und diese Privatrechtsnormen sind keineswegs immer eine Ausformung einer verfassungsrechtlichen Garantie. Der Anwendungsbereich dieser Norm scheint damit unklar. Sie ist indessen offensichtlich auf die Verwirklichung der Grundrechte unter den Privaten gerichtet.

2.4.1.2.3 Basel-Landschaft

BL 14 Abs. 1 bestimmt, dass die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen müssen. Es ist nicht klar erkennbar, ob sich diese Norm nur an den Gesetzgeber oder auch an den Gesetzesanwender richtet. Sodann bestimmt BL 14 Abs. 2, dass jener, der Grundrechte ausübt, die Grundrechte anderer zu achten hat. Es sei dabei auf die obigen Ausführungen zu JU 14 Abs. 2 verwiesen.

Im weiteren bestimmt BL 14 Abs. 3: "Niemand darf Grundrechte durch Missbrauch seiner Machtstellung beeinträchtigen". Diese Norm hat keinen eigenständigen Inhalt, soweit sie sich an die staatlichen Organe richtet. Denn wenn diese die Grundrechte nicht durch den Gebrauch ihrer Machtstellung beeinträchtigen dürfen – was für die Anerkennung einer Norm als Grundrecht wesensnotwendig ist –, so dürfen sie dies noch weniger durch Missbrauch der Machtstellung. Soweit sich diese Norm an den Privaten bei der Ausübung seiner Grundrechte richtet, fügt sie BL 14 Abs. 2 nichts

12) Vgl. Harald Schneider, S. 116: Der von den Grundrechtsträger selbst ausgelöste Interessenstreit wird regelmässig mit Hilfe der allgemeinen und besonderen Normen des Privatrechts ausgetragen.

hinzu. Eigenständige Bedeutung gewinnt diese Norm nur, soweit sie sich an die Privaten bei Ausübung ihrer im Privatrecht begründeten Befugnisse richtet. In diesem Sinne verankert sie das Verbot des Rechtsmissbrauchs auf Verfassungsebene.

2.4.1.2.4 Solothurn

Analog zu BL 14 Abs. 1 und 2 (resp. JU 7 Abs. 2) bestimmen SO 20 Abs. 1 und 2, dass die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen müssen und dass jeder, der Grundrechte ausübt, die Grundrechte anderer beachten müsse, dies unter dem Titel "Verwirklichung der Grundrechte". Es kann dabei auf die vorangegangenen Darlegungen verwiesen werden. In Art. 20 Abs. 3 übernimmt die Solothurner Verfassung sodann die Formulierung von AG 7 Abs. 2, wonach die Grundrechte, soweit sie ihrem Wesen nach dazu geeignet sind, die Privatpersonen untereinander verpflichten. Letzteres wurde erst in der zweiten Lesung im Verfassungsrat verankert. Gemäss Begleitbericht ¹³⁾ soll hier Drittwirkung angeordnet werden, wobei offenbleibt, welcher Art die Drittwirkung sein soll. Im übrigen kann auf die Ausführungen zu AG 7 Abs. 2 verwiesen werden.

Wie schon erwähnt, bestimmt Art. 13 Abs. 1 der Solothurner Verfassung, dass jedermann das Recht hat, Versammlungen und Vereinen fernzubleiben. Inwieweit diese Bestimmung auch für das Verhältnis der Privaten untereinander gilt, bleibt indessen offen.

2.4.1.2.5 Uri

Gemäss UR 15 verpflichten die Grundrechte alle Organe des Kantons, der Gemeinden und der übrigen öffentlichrechtlichen Körperschaften und Anstalten. Es sei dabei auf die Ausführungen zu AG 7 Abs. 1 verwiesen. ¹⁴⁾

13) Begleitbericht KV SO, S. 11.

14) Vgl. vorne S. 100.

2.4.1.2.6 Zusammenfassung und Divergenzen

Die Feststellung von Divergenzen zwischen den kantonalen Verfassungen und der Bundesverfassung erweist sich im Bereich der Drittwirkung aufgrund der dargelegten Unbestimmtheit der kantonalen Normen als schwierig. Es lässt sich sicher feststellen, dass die besprochenen Normen in viel allgemeinerer Weise die Grundrechte auf die Beziehungen der Privaten untereinander anwenden wollen als dies bisher im Bereich der Bundesverfassung geschah. In diesem Sinne enthalten sie sicher ein "Mehr", wobei erst die Anwendung in der Praxis zeigen wird, worin die konkreten Auswirkungen liegen.

In klarster Weise gehen AG 7 Abs. 2, BL 14 Abs. 3 und SO 20 Abs. 3 über das hinaus, was die Praxis zur Bundesverfassung bisher anerkannt hat.

Im Hinblick auf die Offenheit der besprochenen Normen wird es Aufgabe der Darlegungen im 3. Kapitel sein, alle möglichen Anwendungsbereiche auf die Kompatibilität mit der Bundesverfassung zu untersuchen.

2.4.2 Leistungs- und Schutzansprüche aus Freiheitsrechten

2.4.2.1 In der Bundesverfassung

In verschiedenen Entscheiden hat das Bundesgericht festgehalten, dass Freiheitsrechte keinen Anspruch auf staatliche Leistungen vermitteln. Aus der Handels- und Gewerbebefreiheit könne kein Anspruch auf Zulassung zum Hochschulstudium,¹⁾ aus der Informationsfreiheit kein Anspruch auf aktive behördliche Information,²⁾ aus der Eigentumsgarantie kein Anspruch auf staatliche Leistungen, "insbesondere nicht auf Erschlies-

1) BGE 103 Ia 377 f.

2) BGE 104 Ia 88 ff.

sungsleistungen und Dienste öffentlicher Anstalten" ³⁾ abgeleitet werden.

In BGE 103 Ia 281 stellt das Bundesgericht dann allerdings fest, dass "Massnahmen der leistungsgewährenden Verwaltung je länger je mehr die Voraussetzung für die tatsächliche Inanspruchnahme und die Entfaltung der in der Verfassung gewährleisteten Grundrechte" sei. Daraus darf man allerdings nicht ableiten, das Bundesgericht wolle solche Leistungsansprüche direkt aus den Grundrechtsnormen entnehmen. Immerhin hat das Bundesgericht einen "bedingten" Anspruch auf Benützung des öffentlichen Grundes bei Ausübung von Freiheitsrechten anerkannt. Die Bewilligungspraxis habe nicht nur das Willkürverbot sowie das Gleichbehandlungsgebot zu beachten, sondern "auch den besonderen ideellen Gehalt der Freiheitsrechte, um deren Ausübung es geht, in die vorzunehmende Interessenabwägung einzubeziehen". ⁴⁾

Ähnliches dürfte gelten, wo die Ausübung der Versammlungsfreiheit der Benutzung eines öffentlichen Saales bedarf. ⁵⁾

Auch lässt sich die Informationsfreiheit, wie sie vom Bundesgericht anerkannt wird, ⁶⁾ ohne jegliche staatliche Leistung kaum ausüben: Wirklich öffentlich sind Ratsverhandlungen nur, wenn für die Zuhörer entsprechender Raum zur Verfügung gestellt wird.

Sodann hat das Bundesgericht schon anerkannt, dass es Aufgabe des Staates sei, die Ausübung der Freiheitsrechte vor Störern zu schützen. ⁷⁾ Ein solcher Schutz ist ohne staatliche Leistungen, etwa durch die Polizei, nicht denkbar. Auf die "mittelbar grundrechtsrelevanten Leistungen" als

3) BGE 105 Ia 337.

4) BGE 105 Ia 21.

5) Vgl. dazu auch Aubert, Traité, Suppl., Nr. 2167bis.

6) Vgl. vorne S. 66.

7) Vgl. vorne S. 34.

Folge von staatlichen Eingriffen wurde hingewiesen.⁸⁾

2.4.2.2 In den Kantonsverfassungen

BL 6 Abs. 1 verpflichtet den Staat generell zum Schutz der Freiheitsrechte. In dieser Konsequenz geht eine solche Schutzpflicht über das hinaus, was die Rechtsprechung im Rahmen der Bundesverfassung anerkannt hat. Dabei stellt sich hier das Problem der Justiziabilität,⁹⁾ insbesondere fehlt es an der Konkretisierung der Formen des Schutzes. Eine solche Schutzpflicht könnte etwa im Rahmen einer Presseförderung, aber auch durch Bereitstellung von Einrichtungen, welche der Ausübung von Grundrechten dienen, wahrgenommen werden.

Den Schutz der Rechte und Freiheiten des Einzelnen und der Familie postuliert auch UR 2 unverbindlicher unter dem Titel "Staatsziele". Gemäss SO 11 hat jedermann das Recht, allgemein zugängliche Informationsquellen zu benutzen. Dies enthält nicht mehr, als was das Bundesgericht für die Bundesverfassung anerkennt. Auch die unter dem Titel Freiheitsrechte garantierte Informationsfreiheit in BL 6 dürfte keine weitergehenden Rechte enthalten.

Es wurde schon darauf hingewiesen, dass die Demonstrationsfreiheit gemäss JU 8 lit. g einen Anspruch auf die Benutzung des öffentlichen Grundes beinhalten muss.¹⁰⁾ Dieser kann nicht lediglich als "bedingt" angesehen werden. Damit geht diese Bestimmung notwendigerweise über den in der Bundesverfassung enthaltenen Anspruch hinaus.

8) Vgl. vorne S. 28 sowie Trachsel, S. 292 ff. und Haller, Persönliche Freiheit, S. 115 f.

9) Vgl. eingehend hinten S. 108.

10) Vgl. vorne S. 80.

2.5 Sozialrechte

2.5.1 Grundsätzliches

In der schweizerischen Lehre ist verschiedentlich darauf hingewiesen worden, dass sich eigentliche Sozialrechte, d.h. "verfassungsrechtliche Gewährleistungen bestimmter staatlicher Leistungen in der Form individualrechtlicher Verbürgungen",¹⁾ nur in sehr beschränktem Masse in der Verfassung als subjektive Rechte normieren lassen.²⁾ Wenn ein subjektives Recht einer richterlichen Prüfung unterstellt werden soll, so ist Justiziabilität erforderlich. Die Norm muss eine hinreichende normative Bestimmtheit aufweisen.³⁾ Dies ist auch eine Voraussetzung für die Anerkennung kantonaler Verfassungsnormen als verfassungsmässige Grundrechte durch das Bundesgericht.⁴⁾

Justiziabilität setzt sodann voraus, "dass hinter der anzuwendenden Norm ein hinreichend auskristallisierter politischer Konsens über die Tragweite der Norm besteht".⁵⁾

-
- 1) J.P. Müller, Sozialrechte, S. 172; bei anderen Autoren findet man auch den Ausdruck "soziale Grundrechte" oder, anlehnend an den von der Uno-Generalversammlung am 16. Dezember 1966 verabschiedeten "Weltpakt für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (abgedruckt im Journal der Internationalen Juristenkommission Bd. VIII (1967) S. 59 ff.) die Unterscheidung in Sozial- und Wirtschaftsrechte (so Knapp, Droits sociaux) oder Sozial-, Wirtschafts- und kulturelle Rechte (so Zellweger, S. 321 ff.).
 - 2) Vgl. Zellweger, S. 326; Benz, S. 129 ff., S. 216; E. Grisel, S. 146 f.; J.P. Müller, Sozialrechte, S. 2 ff., 20 ff., 183 ff., 253; Knapp, Droits sociaux, S. 351; vgl. auch Botschaft des Bundesrates über das Volksbegehren für das Recht auf Wohnung und den Ausbau des Familienschutzes in BB1 1969 II, S. 893; a.A. Saladin, Das Recht auf Bildung, S. 118 f.
 - 3) Vgl. etwa Trachsel, S. 181 ff.
 - 4) Vgl. etwa BGE 104 Ia 286 ff. und vorne S. 10 f.
 - 5) J.P. Müller, Sozialrechte, S. 21. Gerade dieses Kriterium zeigt die besondere Problematik des "Schielens" auf ausländische Verfassungen.

2.5.2 In der Bundesverfassung

In der Bundesverfassung sind einzelne (sogenannte "kleine") Sozialrechte normiert: Das Recht auf unentgeltlichen Primarschulunterricht (Art. 27 Abs. 2 BV) und das Recht auf schickliche Beerdigung (Art. 53 Abs. 2 BV).

Verschiedentlich wird auch das Recht des Wehrmannes auf unentgeltliche Ausrüstung (Art. 18 Abs. 3 BV) hinzugezählt. Zu beachten ist jedoch, dass dieser Anspruch die Folge einer Pflicht des Bürgers gegenüber der Gemeinschaft ist und im Rahmen eines Sonderstatusverhältnisses realisiert wird. Die Struktur dieses Anspruches ist damit eine andere als jene der vorgeannten Sozialrechte.

Initiativen auf Einführung eines Rechtes auf Wohnung, Bildung und Arbeit wurden abgelehnt.¹⁾

Soziale Aufgaben des Staates sind daneben im Rahmen von programmatistischen Bestimmungen (so etwa Art. 2 und Art. 31quinquies Abs. 1 BV) oder im Rahmen von Kompetenzzuweisungen (so etwa Art. 34quater BV) erwähnt. Dem Wortlaut nach vermitteln diese Bestimmungen keinen Anspruch des Bürgers.

Aus Art. 4 BV wurden Ansprüche des Bürgers auf staatliche Leistung abgeleitet, so das Recht auf unentgeltliche Rechtspflege²⁾ unter bestimmten Voraussetzungen.

Das Bundesgericht hat es sodann abgelehnt, ein Recht auf Bildung als ungeschriebenes Verfassungsrecht anzuerkennen.³⁾

1) Vgl. vorne S. 20 f.

2) Im Zivilprozess: etwa BGE 104 Ia 73 ff.; BGE 78 I 195 f.
Im Strafprozess: BGE 103 Ia 1 ff.; vgl. hier auch Art. 5 Ziff. 3 lit. c und e EMRK.

3) BGE 103 Ia 377.

Die Europäische Sozialcharta ⁴⁾ sieht die Verpflichtung der Staaten zur Verwirklichung verschiedener sozialer Rechte vor. Die Sozialcharta wurde indessen von der Schweiz nicht ratifiziert. In der Lehre wird verschiedentlich die Anerkennung einer Garantie des Existenzminimums gefordert. ⁵⁾ Das Bundesgericht hatte dazu noch nicht Stellung zu nehmen.

2.5.3 In den Kantonsverfassungen

2.5.3.1 Recht auf Arbeit

Gemäss JU 19 Abs. 1 besteht ein "Recht auf Arbeit". Sodann bestimmt JU 19 Abs. 2, dass der Staat mit Unterstützung der Gemeinden die Vollbeschäftigung anstrebe.

Dem Wortlaute nach vermittelt JU 19 Abs. 1 einen direkten Anspruch. ¹⁾ Unklar ist, wer der Anspruchsgegner sein soll. In Frage kommen grundsätzlich der Staat ebenso wie Private. Im Zusammenhang mit Abs. 2 der genannten Bestimmung scheint der Staat Anspruchsgegner zu sein. Der Staat kann seiner Verpflichtung nur nachkommen, wenn er selber diejenigen Personen, welche auf dem freien Markt keine Stelle finden, einstellt oder aber, indem etwa Massnahmen getroffen werden, welche sichern, dass auf dem freien Markt keine Stellenbewerber ohne Stelle bleiben. Denkbar sind in diesem Zusammenhang Wirtschaftsförderungsmassnahmen. In dirigistisch ausgerichteten Staaten findet man auch die Zuteilung der Bewerber an einzelne Wirtschaftsunternehmen. Will man die Bestimmung dahingehend auslegen, dass der arbeitslose Bürger Anspruch auf Beschäftigung durch den Staat haben soll, so gerät sie mit JU 123 Abs. 1 in Konflikt, wo ein wirtschaftlicher Umgang mit den staatlichen Mitteln gefordert wird. Unter diesem Gesichtspunkt kann der Staat nur soviele Leute beschäftigen, wie er zur Erfüllung seiner Aufgaben benötigt.

4) Vgl. Botschaft des Bundesrates in BBl 1983 II, S. 1347 ff.

5) Müller/Müller, Grundrechte, Besonderer Teil, S. 30 ff.; Saladin, Grundrechte, S. 456, vgl. allerdings den besonderen Ansatzpunkt, S. 433 ff.

1) Vgl. auch J.P. Müller, Sozialrechte, S. 16 f.

Die Wirtschaftsförderung ist sodann in Art. 19 Abs. 2 angesprochen. Die Voten im Verfassungsrat weisen darauf hin, dass mit Art. 19 Abs. 1 und 2 kein eigentliches subjektives Recht auf Arbeit begründet werden wollte, dass Abs. 1 nicht mehr als Abs. 2 beinhalten sollte.²⁾ Es handle sich lediglich um Zielbestimmungen programmatischer Natur.³⁾ Trotz der Mahnung, dass die gewählten Formulierungen mehr versprechen als sie zu halten gewillt seien,⁴⁾ wurden sie belassen. Sodann wurde im Rahmen der Beratungen im Verfassungsrat mehrmals auf die Europäische Sozialcharta und die Enzyklika "Pacem in terris" von Papst Johannes XXIII verwiesen. Dabei wurde übersehen, dass die Auslegung solcher Texte anderen Gesetzmässigkeiten folgt als die einer Verfassung.⁵⁾ Damit verbleibt eine Diskrepanz zwischen der objektiven Auslegung und dem gesetzgeberischen Willen. Mangels Justiziabilität - mit der genannten Ausnahme - wird man Art. 19 Abs. 1 und 2 kaum als Verbürgung von Sozialrechten im genannten Sinne betrachten dürfen, dies entgegen dem Wortlaut.

Unter dem Titel "Recht auf Bildung, Arbeit, Wohnung" bestimmt BL 17 lit. b, dass Kanton und Gemeinden im Rahmen ihrer Zuständigkeiten anstreben, dass jeder seinen Unterhalt durch Arbeit zu angemessenen Bedingungen bestreiten kann. Dasselbe bestimmt SO 22 lit. d unter dem Titel "Sozialziele". Im ersten Fall ist der Titel irreführend. Die Normen enthalten jedoch eindeutig lediglich ein Programm und keine subjektiven Rechte.

2) Vgl. Journal officiel Nr. 5, S. 14 ff.

3) Vgl. auch Fleiner, welcher an dieser Verfassung nicht unwesentlich mitgearbeitet hat, in : Oui ou non au canton Jura, Nationales Jahrbuch der neuen Helvetischen Gesellschaft, 49. Jahrgang, Bern 1978, S. 204 f.; auch Bäumlin, in: Le Jura Libre vom 1. September 1977, S. 2.

4) Vgl. Votum Moritz, Journal officiel Nr. 5, S. 17.

5) Vgl. J.P. Müller, Sozialrechte, S. 15.

2.5.3.2 Recht auf Wohnung

JU 22 Abs. 1 anerkennt das "Recht auf Wohnung". Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung sorgen Staat und Gemeinden dafür, dass jedermann eine angemessene Wohnung zu tragbaren Bedingungen erhält. Wiederum vermittelt Abs. 1 dem Wortlaute nach einen direkten Anspruch und wiederum wird der Anspruchsgegner nicht bestimmt. Denkbar wäre etwa, dass der Staat Wohnungen in genügender Anzahl erstellt.

Die Problematik dieser Bestimmungen insgesamt stellt sich analog wie beim besprochenen Recht auf Arbeit. Gemeint war gemäss den Voten im Verfassungsrat lediglich die Normierung eines Programmes.¹⁾ Die Justiziabilität muss hier im selben Masse verneint werden wie beim "Recht auf Arbeit".

In Abs. 3 desselben Artikels wird sodann bestimmt, dass Staat und Gemeinden Massnahmen zum Schutz der Mieter gegen Missbräuche treffen. Hier werden schon vom Wortlaute her keine subjektiven Rechte begründet.

BL 17 lit. d verpflichtet Kanton und Gemeinden – wiederum unter dem Titel "Recht auf Bildung, Arbeit und Wohnung" – dafür zu sorgen, dass jeder eine angemessene Wohnung zu tragbaren Bedingungen finden kann und als Mieter vor Missbräuchen geschützt ist. Dasselbe bestimmt SO 22 lit. f, wiederum unter dem Titel "Sozialziele". In beiden Fällen handelt es sich um rein programmatische Bestimmungen.

1) Vgl. Journal officiel, Nr. 6, S. 3 f.

2.5.3.3 Sozialrechte im Bildungswesen

Die Unentgeltlichkeit des Primarschulunterrichtes wird in den meisten Kantonsverfassungen festgehalten,¹⁾ teilweise angereichert durch die ausdrückliche Anerkennung der Unentgeltlichkeit der Schulmittel. Letzteres scheint mir indessen lediglich ein Ausfluss der allgemeinen Unentgeltlichkeit zu sein. Insoweit haben diese Bestimmungen keinen eigenständigen Charakter. In einem Entscheid zu SO 12 a.F. ging der Regierungsrat des Kantons Solothurn davon aus, dass auch der Transport zur Schule unentgeltlich sein muss, sofern ein unzumutbar weiter Schulweg gegeben ist.²⁾

Einzelne Kantonsverfassungen erweitern die Unentgeltlichkeit auf höhere Schulstufen.³⁾ Daraus aber kann noch kein allgemeines Recht auf Bildung entnommen werden. Denn diese Bestimmung regelt noch nicht den Zugang zu den Bildungsanstalten. Insbesondere verbieten sie nicht die Regelung der Zulassung im Rahmen der Kapazitäten. Verschiedene Kantonsverfassungen enthalten sodann Bestimmungen bezüglich der Förderung der Ausbildungswilligen durch Stipendien u.ä.⁴⁾ Diese Bestimmungen sind indessen zu allgemein gehalten, als dass hieraus justiziable Individualrechte abgeleitet werden könnten.⁵⁾ Einzig SG 10 scheint mir im dargelegten

1) AI 12 Abs. 2, BS 5, BE 87, FR 19, GE 162, GL 18, GR 41, LU 3, NE 78, NW 14, SG 3, SH 47, SZ 9, UR 34, VD 18, VS 13, ZG 4, ZH 62.

2) Grundsätzliche Entscheide des Regierungsrates Solothurn 1978 Nr. 11.

3) BS 12: an unteren, mittleren und oberen Schulen; JU 34 Abs. 3: "Der Unterricht ist unentgeltlich"; NW 14: "sofern die Gesetzgebung nichts anderes bestimmt"; SH 47: für Kantons- und Gemeindewohner.

4) So BL 16 lit. a und SO 22 lit. c: Kanton und Gemeinden sorgen dafür, dass jeder sich nach seinen Fähigkeiten und Neigungen bilden und weiterbilden kann. Ausbildungsbeiträge sind etwa in NW 29, SG 10 oder SO 110 vorgesehen.

5) So zu BL 35 a.F.: BGE 103 Ia 394 ff.

Sinne justiziabel,⁶⁾ da diese Norm die Voraussetzungen für die Gewährung der Stipendien selbst in ausreichendem Masse konkretisiert. Obwohl ein Gesetzgebungsvorbehalt angebracht ist, sollte man dieser Norm grundsätzlich die Qualität eines verfassungsmässigen Rechtes zubilligen.

AG 23 Abs. 1 enthält das Recht des Kindes auf Bildung. Weitergehend ist gemäss JU 40 Abs. 1 das "Recht auf Ausbildung" anerkannt. Der Wortlaut vermittelt wiederum klar ein subjektives Recht. Die Justiziabilität dieser Norm wird von Saladin⁷⁾ bejaht, andere Autoren äussern sich eher ablehnend.⁸⁾ Solange man davon ausgeht, dass das Recht auf Bildung im Rahmen bestehender Ausbildungsmöglichkeiten (nicht Kapazitäten!) ⁹⁾ garantiert ist, kann man immerhin feststellen, dass die Antwort auf die Frage, wer zu welchen Bildungsanstalten zugelassen werden und wer darüber hinaus in welchem Umfange Unterhaltsbeihilfen bekommen soll, doch schon soweit von einem Konsens getragen wird, dass diese Norm direkt durch den Richter anwenbar erscheint. Immerhin dürfte allgemein anerkannt sein, dass die Zulassung zu einer bestimmten höheren Bildungsstufe spezielle Fähigkeiten erfordert, welche im Rahmen einer Prüfung ermittelt werden können. Wird ein Recht auf Bildung anerkannt, so ist der Staat verpflichtet, solche Prüfungen zu veranstalten und den Erfolgreichen die entsprechende Bildungsmöglichkeit zur Verfügung zu stellen.

6) SG 10 Abs. 2 und 3 lauten, "Soweit die vollen Ausbildungs- oder Weiterbildungskosten einem Bewerber oder seinen Eltern nicht zugemutet werden können, gewährt der Staat, unter Berücksichtigung allfälliger weiterer Stipendien und Studiendarlehen, in ausreichendem Masse:

- a) Stipendien an Lehrlinge,
 - b) Stipendien und Studiendarlehen an Besucher von Berufs- und Fachschulen;
 - c) Stipendien an Schüler der kantonseigenen Mittelschulen und Lehrerbildungsanstalten sowie im Rahmen gleicher Mindest- und Höchstansätze an Schüler anderer Mittelschulen und Lehrerbildungsanstalten;
 - d) Stipendien und Studiendarlehen an Hochschulstudenten.
- Die Gesetzgebung trifft hierüber die näheren Bestimmungen."

7) Vgl. Saladin, Recht auf Bildung, S. 118; bejahend ebenso Borner, S. 472 ff.

8) J.P. Müller, Soziale Grundrechte, S. 219 f., weitere Hinweise daselbst S. 212 ff.

9) Im Sinne von Plotke, S. 292.

Ähnlich verhält es sich bei der Gewährung von Ausbildungsbeihilfen. Es mag wohl keinen Konsens darüber geben, wie grosszügig diese zu bemessen sind. Immerhin kennen alle Kantone Stipendiengesetze, welche wenigstens das Existenzminimum von fähigen Ausbildungswilligen einigermaßen sichern, soweit diese selbst resp. die Unterhaltspflichtigen dazu nicht in der Lage sind. Beschränkt auf diese Funktionen des Rechtes auf Bildung, d.h. auf die Gewährleistung eines Minimalstandards, scheint mir JU 40 Abs. 1 durchaus justiziabel zu sein. Einer Anerkennung von JU 40 Abs. 1 als eigentliches Sozialrecht steht damit m.E. nichts entgegen.

Obwohl mit "Recht auf Bildung ..." betitelt, enthält BL 17 lit. a ¹⁰⁾ lediglich programmatische Bestimmungen. Dies wird in SO 22 lit. c offenkundig, da hier ausdrücklich von "Sozialzielen" gesprochen wird.

2.5.3.4 Unentgeltliche Rechtspflege

Einen Anspruch von Bedürftigen auf unentgeltliche Rechtspflege statuieren verschiedene Kantonsverfassungen.¹⁾

Obwohl nicht genannt, ist davon auszugehen, dass im Rahmen von Zivilprozessen nicht nur Bedürftigkeit Voraussetzung für die Ausübung dieses Anspruches ist, sondern ebenso, dass der Prozess nicht als aussichtslos erscheint. Diese Bestimmungen dürften kaum unnötiges Prozessieren fördern wollen. Damit ist eine Divergenz zu dem aus Art. 4 BV abgeleiteten Anspruch nicht erkennbar.

10) Vgl. vorne Anm. 4.

1) AG 22, BL 8 Abs. 1, JU 9 Abs. 4: unentgeltlicher Rechtsbeistand, ebenso JU 10 Abs. 2 mit Hinweis auf das Gesetz; NW 3, OW 11, SO 18, ZG 7.

2.5.3.5 Garantie des Existenzminimums

SO 22 lit. a und d enthalten programmatische Bestimmungen im Hinblick auf die Sicherung des Unterhaltes resp. des Existenzminimums. JU 19 Abs. 3 bestimmt, dass jeder Erwerbstätige Anspruch auf einen Lohn hat, der ihm einen menschenwürdigen Unterhalt sichert. Anspruchsgegner ist damit der jeweilige Arbeitgeber, d.h. sowohl der Staat wie auch Private. Dem Verfassungsrat scheint dabei der in Frankreich geltende SMIG (salaire minimum interprofessionnel garanti) als Vorbild gedient zu haben.¹⁾ Ohne dass vorliegend auf die spezielle Problematik der Geltung dieser Bestimmung im Verhältnis der Privaten untereinander eingegangen werden soll, kann m.E. die Jusitziabilität nicht verneint werden. Die Praxis zu Art. 92 und insbesondere Art. 93 SchKG hat klare Kriterien für die Beantwortung der Frage, welches Einkommen existenznotwendig ist, herausgearbeitet.²⁾

Menschenwürdig scheint mir jenes Einkommen zu sein, welches die menschliche Existenz in der heute verstandenen Form, d.h. nicht nur das nackte physische Überleben, sichert. In der Rechtsprechung zu Art. 93 SchKG wurde denn auch ein Betrag für kulturelle Betätigung als zum Notbedarf gehörig betrachtet.³⁾ Die Formulierung in JU 19 Abs. 3 führt damit m.E. nicht zu einer inhaltlichen Verschiedenheit gegenüber der Garantie des Existenzminimums.

ZH 19 Abs. 1 bestimmt, dass alle Steuerpflichtigen im Verhältnis der ihnen zu Gebote stehenden Mitteln an die Staats- und Gemeindelasten beitragen. Ob diese Bestimmung ein verfassungsmässiges Recht beinhaltet, wurde in BGE 105 Ia 358 offengelassen.⁴⁾ Abs. 4 derselben Bestimmung

1) Vgl. das Votum des Präsidenten der Kommission, M. Gury, Journal officiel, Nr. 5, S. 19.

2) Vgl. etwa BGE 107 III 19, 76; BGE 106 III 15 ff.; BGE 82 III 29; BGE 68 III 26; ebenso Müller/Müller, Grundrechte, Besonderer Teil, S. 32 f.

3) BGE 81 III 96 ff.

4) Vgl. aber BGE 104 Ia 284 ff zu aSO 62 Abs. 4, dessen individualschützender Charakter anerkannt wurde.

enthält den Grundsatz der Steuerbefreiung kleiner Einkommen und Vermögen. Ein Anspruch auf Sicherung der Existenz ist damit jedoch nicht verbunden.

Gemäss BL 16 hat jeder Anspruch auf Hilfe und Betreuung in Notlagen und auf die für ein menschenwürdiges Leben erforderlichen Mittel. Hier ist zweifellos ein direkter Anspruch statuiert.⁵⁾ Die Justiziabilität dieser Bestimmung muss im Rahmen der vorangegangenen Äusserungen bejaht werden.

5) Ebenso Begleitbericht, S. 12.

3. KAPITEL

DIE RECHTLICHE GELTUNG DER KANTONALEN GRUNDRECHTSGARANTIEEN

1. Blick über die Grenzen

1.1 Vereinigte Staaten von Amerika

Die USA lassen sich in ihrem föderativen Aufbau grundsätzlich mit der Schweiz vergleichen. Dies gilt auch im Bereich der Grundrechtsgarantien: Diesbezügliche Normen finden sich sowohl in der Verfassung der Union – in der Bill of Rights, I.–X. Amendment ¹⁾ zur Verfassung – wie auch in den Verfassungen der Einzelstaaten. ²⁾

Dem Wortlaut nach binden die in der Bill of Rights festgelegten Grundrechte nur den Zentralstaat: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech... "(1. Amendment). ³⁾ In diesem System kommt den Grundrechten in den Verfassungen der Einzelstaaten natürlich eine ganz andere Bedeutung zu als im schweizerischen System, in welchem die Geltung der in der Bundesverfassung festgelegten Grundrechte unumstrittenermassen auch die kantonalen Organe betrifft.

Das nach dem Bürgerkrieg verabschiedete XIV. Amendment ⁴⁾ verbot den Einzelstaaten, die "privileges or immunities of citizens of the United States" zu verkürzen und irgendeine Person des Lebens, der Freiheit oder des Eigentums ohne "due process of law" zu berauben. Allerdings weigerte

1) Vgl. Loewenstein, S. 43, 474 f; andere Autoren bezeichnen nur die ersten acht Amendments als Bill of Rights, vgl. dazu Haller, Supreme Court, S. 29, 35.

2) Vgl. dazu die Zusammenstellung bei Stimson, S. 127 ff. Diese Zusammenstellung bietet jedenfalls einen interessanten Überblick, auch wenn sie nicht dem neuesten Stand entspricht.

3) Vgl. auch Abraham, S. 39 und Barron v. Baltimore, 7 Peters 243, (1833).

4) Proklamation am 28. Juli 1868.

sich der Oberste Gerichtshof lange Zeit, im Rahmen des XIV. Amendments die Anwendung der Bill of Rights gegenüber der Gesetzgebung der Einzelstaaten durchzusetzen, primär mit dem Argument, diese Bestimmung sei ebenso wie das kurz zuvor aufgenommene XIII. Amendment ⁵⁾ eigentlich gegen die Rassendiskriminierung gerichtet gewesen. ⁶⁾ Nur einige kardinale Rechte, deren Beachtung für das Funktionieren des Bundesstaates als essentiell betrachtet wurden, sollten vor Beschränkungen durch einzelstaatliche Organe geschützt werden. ⁷⁾

In der Folge bildeten sich drei Interpretationsrichtungen heraus. Die eine wollte nur absolut fundamentale Rechte über die "due process" - Klausel des XIV. Amendments gegenüber den Staaten durchgesetzt sehen ("fundamental rights approach"). ⁸⁾ Konträr dazu betrachteten andere Richter des Supreme Court die ganze Bill of Rights ⁹⁾ im XIV. Amendment inkorporiert ("incorporationist approach"), ¹⁰⁾ sei es durch die "due process" oder durch die "privileges or immunities"-Klausel. ¹¹⁾ Eine vermittelnde Ansicht, v.a. von Justice Brennan vertreten, sah im XIV. Amendment eine "selective incorporation" und wollte die Anwendung der Bill of Rights gegenüber den Einzelstaaten im Einzelfall prüfen. ¹²⁾

Eine erste Ankündigung findet sich in *Gitlow v. New York*, ¹³⁾ wo die im I. Amendment garantierte Meinungsäußerungsfreiheit als durch das XIV. Amendment geschützt betrachtet wurde, dann in *Near v. Minnesota* ¹⁴⁾ desgleichen die ebenfalls im I. Amendment enthaltene Pressefreiheit. Im

5) Proklamation am 18. Dezember 1865.

6) Vgl. die sog. Slaughterhouse Cases, 16 Wallace 36 (1873); Haller, Supreme Court, S. 31; Loewenstein, S. 476; Abraham, S. 40 ff.

7) Vgl. Haller, Supreme Court, S. 31.

8) Vgl. Haller, Supreme Court, S. 34.

9) Resp. die ersten acht Amendments, vgl. Haller, Supreme Court, S. 35.

10) Vertreten durch Justice Black: vgl. dessen opinion im Entscheid *Adamson v. California* 332 U.S. 46, at 89; Zitat bei Abraham, S. 36.

11) Vgl. Abraham, S. 38 ff; Haller, Supreme Court, S. 37.

12) Übersicht bei Abraham, S. 60.

13) 268 U.S. 652, s. Abraham, S. 51.

14) 283 U.S. 697.

Entscheid Powell v. Alabama ¹⁵⁾ wurde das Recht "to counsel" dem XIV. Amendment unterstellt, im Entscheid Hamilton v. Regents of the University of California ¹⁶⁾ die Religionsfreiheit.

Insgesamt ergibt sich aus diesem System, dass ein Vergleich der dieser Arbeit zugrundeliegenden Problematik mit dem amerikanischen Verfassungsrecht wenig lohnt. Der Ansatz ist zu verschieden.

15) 287 U.S. 45.

16) 293 U.S. 245.

1.2 Bundesrepublik Deutschland

Weit ähnlicher stellt sich die Problematik in der Bundesrepublik Deutschland, akzentuiert allerdings durch die Existenz einer Individualverfassungsbeschwerde an dort existierende Landesverfassungsgerichte wegen Verletzung der Landesverfassung.¹⁾

Die meisten Landesverfassungen enthalten einen Grundrechtskatalog,²⁾ teilweise vollkommen eigenständig dargestellt,³⁾ teilweise über die ausdrückliche Inkorporation der Grundrechte des Grundgesetzes mit einigen Ergänzungen.⁴⁾ Auch hier lassen sich Fallgruppen unterscheiden: Ein Landesgrundrecht kann "weniger", ein "Gleiches" oder ein "Mehr" als das analoge Grundgesetz-Grundrecht gewährleisten.⁵⁾

Dass die Grundrechte des Grundgesetzes die Landesgewalt ebenso binden wie die Bundesgewalt, scheint in Deutschland ebenso unbestritten zu sein wie in der Schweiz⁶⁾ und ist auch in Art. 1 Abs. 3 GG ohne Einschränkung auf einen bestimmten Gesetzgeber festgeschrieben. Verschiedentlich wurde nun in Deutschland die These vertreten, die mehrfachen Grundrechtsnormen in Bundes- und Landesverfassung würden nur ein und dasselbe Grundrecht gewähren resp. garantieren, es gebe "nur ein Grundrecht der Gleichheit, der Gewissensfreiheit, persönlichen Freiheit usw."⁷⁾ In neueren Publikationen zu diesem Thema wird dieser These indessen widersprochen.⁸⁾

-
- 1) In Bayern, Saarland und Hessen, vgl. v. Olshausen, S. 14; allerdings kann auch in der Schweiz die Verletzung von kantonalen Grundrechtsgarantien schon im kantonalen Verfahren geltend gemacht werden: vgl. etwa Art. 50 i.V. mit Art. 49 VRG ZH.
 - 2) Ausnahmen: Hamburg, Niedersachsen, Schleswig-Holstein.
 - 3) Bayern, Bremen, Hessen, Rheinland-Pfalz, Saarland.
 - 4) Baden-Württemberg, Berlin, Nordrhein-Westfalen; vgl. v. Olshausen, S. 107 f.
 - 5) Vgl. vorne S. 40.
 - 6) Vgl. Pfennig/Neumann, S. 62.
 - 7) Vgl. Willi Geiger, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951, Berlin 1952, S. 286, 134 f.
 - 8) V. Olshausen, S. 110 ff. m.w.H.; Pfennig/Neumann, S. 62 f.

Die grundsätzliche Kompetenz zur Statuierung von Grundrechten durch den Landesverfassungsgeber wird man in Deutschland nicht verneinen können,⁹⁾ allerdings wird den Landesverfassungen in Art. 28 Abs. 1 GG eine gewisse Homogenität mit dem Grundgesetz vorgeschrieben, wobei diese Bestimmung im Bereich der Grundrechtsnormen wohl von Art. 142 GG überlagert wird.¹⁰⁾ Diese Bestimmung garantiert die Fortgeltung der Grundrechte in den Landesverfassungen: "Ungeachtet der Vorschrift des Art. 31 bleiben Bestimmungen der Landesverfassungen auch insoweit in Kraft, als sie in Übereinstimmung mit den Artikeln 1 bis 18 dieses Grundgesetzes Grundrechte gewährleisten".¹¹⁾

"Bleiben" ist offensichtlich nicht so zu verstehen, dass damit nur die zum Zeitpunkt des Erlasses des Grundgesetzes in Kraft stehenden Grundrechtsnormen der Landesverfassungen gemeint sind.¹²⁾ "In Übereinstimmung" meint nach herrschender Lehre alle jene Fälle, in denen ein Landesgrundrecht ein "Gleiches" oder ein "Mehr" als das Grundgesetz gewährleistet, nach anderer Auffassung auch jene Fälle, in denen ein Landesgrundrecht hinter einem Bundesgrundrecht zurückbleibt.¹³⁾ Allerdings befindet sich ein Landesgrundrecht dann nicht "in Übereinstimmung" mit dem Grundgesetz, wenn ersteres "die durch Art. 1 Abs. 3 angeordnete Bindung auch der Landesstaatsgewalt aufzuheben"¹⁴⁾ versucht.

Wesentlicher ist im Rahmen dieser Arbeit, dass nach wie vor das Verhältnis zwischen Art. 142 und Art. 31 GG umstritten ist.¹⁵⁾

Somit ist die Problematik in der BRD trotz der eindeutig scheinenden Anweisung in Art. 142 GG eine ähnliche wie in der Schweiz, so dass die Behandlung der Deutschen Literatur durchaus einige Denkanstöße geben

9) Vgl. Art. 28 und 142 GG.

10) Vgl. Pfennig/Neumann, S. 61.

11) Art. 31 enthält den Grundsatz "Bundesrecht bricht Landesrecht", Art. 1-18 GG die einzelnen Grundrechtsgarantien.

12) Vgl. Pfennig/Neumann, S. 60.

13) Vgl. zu dieser Kontroverse Pfennig/Neumann, S. 63.

14) Vgl. Pfennig/Neumann, S. 63 m.w.H.

15) Vgl. die Darstellung bei v. Olshausen, S. 124 ff.

kann. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass die Geschichte des Föderalismus in der heutigen BRD wesentlich anders verlief als jene der Schweiz und dass das Grundgesetz wesentlich neueren Datums als die Bundesverfassung ist. Letzteres hat zur Folge, dass das Grundgesetz viel eher einen durchdachten, auf Lückenlosigkeit ausgerichteten Grundrechtskatalog enthält - wenngleich die vielbehauptete Vollständigkeit auch in der BRD mehr Wunschtraum denn Realität ist.¹⁶⁾

16) Vgl. etwa Bethge, S. 5 ff. m.w.H.

2. Grundsätzliches zur Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen

2.1 Vorbemerkung

Grundsätzlich können kantonale Rechtssätze nur dann rechtliche Geltung beanspruchen, wenn deren Erlass in der Kompetenz der Kantone liegt und die Normen nicht dem Bundesrecht widersprechen. Zum Verhältnis dieser Voraussetzungen zueinander wird nachfolgend ausführliche Stellung zu nehmen sein.

Die Kompetenz ist – zumindest was das kantonale Recht betrifft – Rechts-
erzeugungsbedingung.¹⁾

Die Frage der Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen im Bereich der Grundrechtsnormen wurde bislang von der führenden Staatsrechtsliteratur meist nur am Rande behandelt. Auch die Formulierung des BGer – welches von "unselbständigen" kantonalen Grundrechtsgarantien spricht – zeigt, dass diesem Problem keine allzu tiefe Beachtung geschenkt wurde; diese Formulierung sagt weder etwas über den Grund dieser "Unselbständigkeit" noch genaues über deren Rechtsfolgen aus. Sie besagt letztlich nur, dass die Grundrechtsnormen der Kantonsverfassungen in bestimmten Fällen keine Anwendung finden. Gelegentlich wurde allerdings noch die Frage gestellt, ob diese "unselbständigen" Grundrechtsnormen nur suspendiert oder ob sie vernichtet seien. Indessen fehlt eine abschliessende Stellungnahme des BGer.

Dass dieser Frage keine spezielle Bedeutung zugemessen wurde, scheint angesichts des bislang herrschenden Grundrechtsverständnisses verständlich. Denn wenn man die Grundrechtsverbürgungen lediglich als "negative Kompetenznormen"²⁾ betrachtet, so ist es in der Tat wenig problematisch, wenn die kantonalen Verfassungen eben diesen Ausschluss der Gesetzge-

1) Imboden, Diss., S. 46; Burckhardt, Kommentar, S. 828

2) Brühwiler, S. 46 f.

bungstätigkeit noch einmal normieren: ein doppeltes, gleichlautendes Verbot schadet nichts. Sobald man jedoch die Grundrechtsgarantien als objektive Normen - welcher Tragweite auch immer - betrachtet, wird das Problem der Kompetenzausscheidung im Grundrechtsbereich durchaus aktuell. Denn indem die Grundrechtsnormen je nach Gesetzeslage und Auslegung nicht mehr nur den Sinn haben, dem Staat eine bestimmte Tätigkeit zu verbieten, sondern dem Staat geradezu eine bestimmte Tätigkeit aufgeben oder auch unter Privaten angewendet werden wollen, ist die Möglichkeit des Konfliktes von Bundes- und Kantons Gewalt eine ganz andere. Eine besondere Stellung nehmen hier die eigentlichen Sozialrechte ein.

Sodann können sich durch die teilweise erweiterten Inhalte der Grundrechte in den neueren kantonalen Verfassungen auch Konflikte zwischen den Grundrechtsträgern ergeben, indem etwa eine erweiterte Freiheit in das durch die Bundesverfassung verbriefte Recht eines anderen Grundrechtsträgers eingreift. Die neueren Entwicklungen geben der Diskussion um die Kompetenzabgrenzung im Grundrechtsbereich deshalb eine durchaus praktische Seite.

2.2 Rechtsquelle

Nach unbestrittener Ansicht ergibt sich die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen grundsätzlich aus der Bundesverfassung.¹⁾ Die Kantone bestimmen ihren Kompetenzbereich demnach nicht selbst; sie können nur jene Kompetenzen ausüben, die ihnen von der Bundesverfassung zugewiesen (genauer: verblieben) sind. Wenn also Art. 1, 3 und 5 BV von souveränen Kantonen sprechen, so ist jedenfalls keine Souveränität in dem Sinne gemeint, dass den Kantonen die "Kompetenzkompetenz", d.h. die Kompetenz zur Bestimmung des eigenen Kompetenzbereiches, zukommt.²⁾

1) Fleiner/Giacometti, S. 66; Imboden, Diss., S. 33; Aubert, Traité, Nr. 606, 611. Der Umfang der Bundeskompetenzen dürfte sich aber im Einzelfall nur unter Beizug weiterer Rechtsnormen endgültig bestimmen lassen, vgl. hinten S. 127.

2) Fleiner/Giacometti, S. 38; Aubert, Traité, Nr. 588 ff.

So gesehen mag es allerdings nicht sehr sinnvoll sein, überhaupt von souveränen Kantonen zu sprechen, macht doch allenfalls gerade diese "Kompetenzkompetenz" die Souveränität erst aus.³⁾

Jedenfalls lässt sich aus der Bezeichnung "souverän" in Art. 1 und 5 BV nichts für die Kompetenz der Kantone zur Normierung von Grundrechten ableiten.

2.2.1. Art. 3 BV als Grundlage für die Kompetenzausscheidung

Grundlage für die Kompetenzausscheidung bildet Art. 3 BV. Die Kantone sind zur Regelung aller Fragen zuständig, soweit eine solche nicht durch die Bundesverfassung dem Bund zugewiesen ist. Anders als andere denkbare Systeme – und anders als das in Art. 48 ff. VE BV Vorgesehene – zählt die Bundesverfassung – prinzipiell, aber nicht nur im 1. Abschnitt – die Bundeskompetenzen abschliessend auf, sodass alle verbleibenden Kompetenzen grundsätzlich den Kantonen zufallen.⁴⁾

Zunächst kann die Kompetenzverteilung so erfolgen, dass der Bund ermächtigt wird, eine bestimmte Materie zu regeln oder ein bestimmtes Ziel anzustreben.⁵⁾ In anderen Fällen wird der Bund ermächtigt, Rechts-sätze einer bestimmten Art aufzustellen;⁶⁾ er ist etwa befugt, zivil-rechtliche Bestimmungen zu erlassen oder Staatsverträge abzuschliessen. Hier spricht man auch von "modalen" Kompetenzen.⁷⁾

3) Vgl. dazu Fleiner/Giacometti, S. 55; Aubert, Traité, Nr. 588 ff.; Burckhardt, Kommentar, S. 20 f.

4) Hangartner, Grundzüge, S. 66, spricht von einer "subsidiären Generalkompetenz" der Kantone; vgl. auch Aubert, Traité, Nr. 610 ff.

5) Vgl. etwa Art. 24 septies BV und Widmer, S. 25; Aubert, Traité, Nr. 648.

6) Vgl. Widmer, S. 26; Aubert, Traité, Nr. 648; diese Unterscheidung findet sich nicht bei Fleiner/Giacometti, S. 84.

7) So Widmer, S. 26.

Die Kompetenz kann umfassend sein, d.h. der Bund ist ermächtigt, ein bestimmtes Sachgebiet vollständig zu regeln.⁸⁾ Die Ermächtigung kann andererseits lediglich teilweise oder unvollständig sein.⁹⁾ Sie berechtigt etwa zur Regelung eines Teilbereiches oder zur Grundsatzgesetzgebung.¹⁰⁾ Der Umfang der den Kantonen verbliebenen Kompetenzen ergibt sich jedoch nicht abschliessend aus der Bundesverfassung selbst, sondern aus dem kompetenzgemäss erlassenen Bundesrecht allgemein.¹¹⁾

Sodann ist zu unterscheiden zwischen ausschliesslichen Kompetenzen und konkurrierenden Kompetenzen. Erstere schliessen die Kantone von der Normierung des betreffenden Gegenstandes aus, sie wirken ursprünglich derogierend.¹²⁾ Konkurrierende Kompetenzen entfalten lediglich nachträglich derogierende Kraft; solange die Kompetenzen vom Bund nicht genützt werden, verbleiben sie grundsätzlich den Kantonen.¹³⁾

Die Kompetenzen können dem Bund ausdrücklich zugewiesen sein. Dies geschieht, indem eine Norm der Bundesverfassung dem Bund die Zuständigkeit zur Regelung eines bestimmten Bereiches zuweist, oder aber, indem eine Norm der Bundesverfassung den Kompetenzgegenstand zugleich materiell regelt. Auch im zweiten Fall liegt eine Kompetenzzuweisung vor, denn es ist nicht denkbar, dass eine solche Norm nicht zugleich auch die Kompetenz des Bundes umreisst.¹⁴⁾

8) Im Sinne eines Lebensbereiches, vgl. Hangartner, Kompetenzverteilung, S. 92 ff.

9) Vgl. Hangartner, Kompetenzverteilung, S. 175 ff.; Fleiner/Giacometti, S. 86.

10) Hangartner, Kompetenzverteilung, S. 176 ff.; Fleiner/Giacometti, S. 88 ff., sprechen von beschränkten Gesetzgebungskompetenzen.

11) Huber, in Berner Kommentar, N 19 zu Art. 6 ZGB m.w.H.; Fleiner/Giacometti, S. 68, 92: einlässlicher vgl. hinten S. 139.

12) Fleiner/Giacometti, S. 86; Hangartner, Kompetenzverteilung, S. 182; Aubert, Traité, Nr. 641 a), Häfelin/Haller, N. 300 ff.

13) Fleiner/Giacometti, S. 86 mit etwas anderer Terminologie; Hangartner, Kompetenzverteilung, S. 136 ff.; Aubert, Nr. 641 b); Häfelin/Haller, N. 296 ff.

14) Fleiner/Giacometti, S. 69; Aubert, Traité, Nr. 699; Widmer, S. 80 f.; Burckhardt, Kommentar, S. 16.

Daneben existiert ein umstrittenes Feld von stillschweigenden Bundeskompetenzen.¹⁵⁾ Deren Umfang ist kontrovers und für die vorliegende Arbeit nicht von Belang.

Die Kompetenzverteilung ist grundsätzlich lückenlos und stets alternativ.¹⁶⁾ Dennoch wird anerkannt, dass in bestimmten Bereichen Parallelkompetenzen vorliegen.¹⁷⁾ In diesen Bereichen bestehen gleichartige Kompetenzen von Bund und Kantonen. Sie finden sich vor allem im Bereich der Leistungsverwaltung - hier können Leistungen kumuliert werden - ,¹⁸⁾ aber auch im Steuerrecht, im Landschaftsschutz usw. In den hier überblickbaren Bereichen folgt aus der Anerkennung von Parallelkompetenzen m.E. kein Durchbrechen des Grundsatzes der alternativen Verteilung. Es handelt sich vielmehr um Bereiche, in denen eine Kompetenz vom Bund nicht umfassend beansprucht wird. Wenn der Bund in Art. 36bis Abs. 1 BV die Kompetenz zum Bau der Nationalstrassen an sich zieht, so will er damit nicht gleichzeitig eine allgemeine Strassenhoheit beanspruchen, worauf auch Art. 37 Abs. 1 BV, wo die Oberaufsicht des Bundes über die Strassen und Brücken statuiert ist, hinweist. Vielmehr beansprucht der Bund lediglich eine partielle Kompetenz zur Errichtung von Strassen mit nationaler Bedeutung. Ähnlich verhält es sich im Fürsorgewesen,¹⁹⁾ im Steuerrecht usw.

15) Vgl. die Zusammenstellung bei Hangartner, Kompetenzverteilung, S. 73 ff.; Aubert, Traité, Nr. 621 ff.

16) Imboden, Diss., S. 34 m.w.H.; Huber, Kompetenzkonflikt, S. 64.

17) Vgl. die Übersicht bei Hangartner, Kompetenzverteilung, S. 188 f.; Häfelin/Haller N. 303 ff.; mit etwas anderer Terminologie auch Aubert, Traité, Nr. 703 ff.

18) Vgl. Hangartner, Kompetenzverteilung, S. 188.

19) Vgl. zur Arbeitslosenversicherung BGE 106 Ia 396 ff.

2.2.2 Kompetenzwidrig erlassenes kantonales Recht

Kompetenzwidrig erlassenes kantonales Recht ist wirkungslos. Grundlage dieser Folgerung ist der Grundsatz "Bundesrecht bricht kantonales Recht", ²⁰⁾ dessen Geltung gemeinhin auf Art. 2 Übergangsbestimmungen zur BV zurückgeführt wird. ²¹⁾

Verschiedentlich wird darauf hingewiesen, dass dieser Grundsatz im Bundesstaat ohnehin gelten müsse. ²²⁾ Wirkungslosigkeit bedeutet in diesem Fall der Ausserachtlassung einer Rechtserzeugungsbedingung grundsätzlich Nichtigkeit und nicht nur suspensiv bedingte Ungültigkeit. ²³⁾

Dieser Grundsatz gilt nach herrschender Lehre nicht nur - wie der Wortlaut von Art. 2 Uebest BV denken lassen könnte - für kantonales Recht, welches dem Bundesrecht widerspricht, sondern auch für kantonales Recht, das mit dem Bundesrecht übereinstimmt. ²⁴⁾ Andere Autoren ²⁵⁾ - und teilweise auch das BGER ²⁶⁾ - betrachten gleichlautende Normen nicht als aufgehoben, sondern nur als in ihrer Anwendung suspendiert. Auf dieses Problem, und insbesondere auf die Frage, ob bei Grundrechten eine spezielle Betrachtungsweise angebracht ist, wird noch einzugehen sein. ²⁷⁾

20) Aubert, Traité, Nr. 637; Hangartner, Kompetenzverteilung, S. 171 m.w.H.; Fleiner/Giacometti, S. 92 ff.

21) Hangartner, Kompetenzverteilung, S. 171; Aubert, Traité, Nr. 635 ff.; Fleiner/Giacometti, S.94; Burckhardt, Kommentar, S. 823, bezeichnet dies als "vielleicht nicht richtig, aber unschädlich".

22) Imboden, Diss., S. 69 ff.; Hangartner, Kompetenzverteilung, S. 171 f. m.w.H.

23) Burckhardt, Kommentar, S. 823; Fleiner/Giacometti, S. 96; Imboden, Diss., S. 115 ff.; Widmer, S. 9 f.; Aubert, Traité, Nr. 643 ff.

24) Fleiner/Giacometti, S. 96; Imboden, Diss., S. 96 ff.; Huber, in: Berner Kommentar, N 20 zu Art. 6 ZGB.

25) Burckhardt, Kommentar, S. 823; vgl. auch Hangartner, Kompetenzverteilung, S. 173 f. und derselbe in Grundzüge, S. 68, wo offengelassen wird, ob eine differenzierte Lösung anzustreben ist.

26) Vgl. etwa BGE 5, 336; offengelassen in BGE 97 I 503.

27) Vgl. hinten S. 144.

2.3 Normkonkurrenzen

2.3.1 Begriff

Eine Normkonkurrenz liegt vor, wenn eine kantonale Norm mit einer Norm des Bundesrechts in der Weise in Widerspruch gerät, dass sie denselben Tatbestand wie die Bundesrechtsnorm inhaltlich widersprechend regelt.¹⁾ Dieser Begriff stimmt damit nicht mit dem oben dargestellten Begriff der Grundrechtskonkurrenz überein.²⁾

2.3.2 Normkonkurrenz und Kompetenzkonkurrenz

Es ist weitgehend anerkannt, dass hinter jeder Normkonkurrenz zwischen eidgenössischen und kantonalen Normen in der Regel auch eine Kompetenzkonkurrenz steht.³⁾ Der Grund dafür liegt darin, dass – wie dargestellt – kompetenzgemäss erlassenes Bundesrecht die Kompetenz der Kantone negativ beeinflusst. Von diesem Grundsatz sind jedoch Ausnahmen zu machen. Zunächst behält kompetenzwidrig erlassenes Bundesrecht, d.h. die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze, allgemein verbindlichen Beschlüsse und die von der Bundesversammlung genehmigten Staatsverträge, infolge der fehlenden Verfassungsgerichtsbarkeit im Rahmen von Art. 113 Abs. 3 BV seine Gültigkeit.⁴⁾

Solches bewirkt jedoch keine Kompetenzverschiebung – diese wäre, wie dargestellt, nur auf dem Wege der Revision der Bundesverfassung möglich –, und trotzdem muss das kompetenzgemäss erlassene kantonale Recht weichen. Hier tritt der Satz "Bundesrecht bricht kantonales Recht" als Satz der Normkonkurrenz auf. Nun hat Widmer⁵⁾ m.E. überzeugend dargelegt,

1) Widmer, S. 7; Imboden, Diss., S. 91 ff.

2) S. vorne S. 37 f.

3) Fleiner/Giacometti, S. 93 ff.; Imboden, Diss., S. 60, 171 ff.
Häfelin/Haller, N. 367 f.

4) Fleiner/Giacometti, S. 94 ff.; Widmer, S. 8 f.; Imboden, Diss., S. 57.

5) Widmer, S. 25 ff.

dass es auch noch andere Fälle gibt, in denen hinter einer Normkonkurrenz keine Kompetenzkonkurrenz stehen muss. Vielmehr können auf dem Gebiete der sog. modalen Kompetenzen die Kantone durchaus kompetent sein, einen bestimmten Sachverhalt zu regeln, ohne dass sie diese Kompetenz auch ausüben können;⁶⁾ dies etwa, wenn der Bund im Rahmen eines Staatsvertrages eine prozessuale Norm aufstellt. Auch hier wirkt der Satz "Bundesrecht bricht kantonales Recht" als ein Satz der Normkonkurrenz.

Dies darf aber - und dies ist das eigentliche Ziel dieser Ausführungen - nicht dahingehend interpretiert werden, dass die Kompetenzen im Bundesstaat nicht eindeutig verteilt wären und dass Doppelkompetenzen und eigentliche Parallelkompetenzen auch neben den geschilderten Fällen vorkommen.⁷⁾ Die Verteilung der Kompetenzen ist sehr wohl eindeutig; nur lässt das geschilderte System der Verteilung zu, dass ein und derselbe Sachverhalt in verschiedenartigen Normen geregelt werden kann und die Auflösung der Widersprüche dann über die Auflösung des Normkonfliktes gefunden werden muss.

Relevant sind hier zwei Fälle: Das gemäss der Kompetenzzuweisung in Art. 64 BV erlassene Zivilrecht sowie die im Rahmen der allgemeinen Bundeskompetenz zum Abschluss von Staatsverträgen (Art. 8 BV)⁸⁾ übernommene EMRK, je in ihrem Verhältnis zum kantonalen Recht, d.h. vorliegend zu den kantonalen Grundrechtsnormen.

6) Widmer, S. 48 ff., S. 87.

7) Vgl. vorne S. 128; a.A. Hangartner, Kompetenzverteilung, S. 183 ff., insb. S. 188; eingehend hinten S. 139 ff.

8) Der Umfang dieser Kompetenz ist allerdings durchaus kontrovers; vgl. Widmer, S. 16 f.; Aubert, Traité, Nr. 672 ff.

2.3.3 Fälle, in denen eine Normkonkurrenz nicht zugleich eine Kompetenzkonkurrenz darstellt.

2.3.3.1. Art. 64 BV und Art. 6 ZGB

2.3.3.1.1 Grundsätzliches

Art. 64 BV weist die Kompetenz für den Erlass von Zivilrecht in umfassender Weise dem Bund zu. "Die Kantone sind nur noch befugt, zivilrechtliche Bestimmungen zu erlassen, wenn und soweit das Bundesrecht sie ausdrücklich oder dem Sinne nach ermächtigt".⁹⁾

Art. 6 Abs. 1 ZGB enthält den Vorbehalt - ob es sich um einen echten oder unechten Vorbehalt handelt, ist kontrovers ¹⁰⁾ - wonach die Kantone durch das Bundeszivilrecht in ihren öffentlichrechtlichen Befugnissen nicht eingeschränkt werden.¹¹⁾ Solches ändert natürlich nichts daran, dass die Kantone in ihren öffentlichrechtlichen Befugnissen durch das Bundesrecht öffentlichrechtlicher Natur eingeschränkt werden, dies auch dann, wenn die entsprechende öffentlichrechtliche Norm in einem grundsätzlich zivilrechtlichen Erlass enthalten ist. Allerdings ist im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 ZGB überaus kontrovers, was als Zivilrecht und was als öffentliches Recht zu gelten habe.

9) Huber, in: Berner Kommentar, N 8 zu Art. 6 ZGB m.w.H.; vgl. sodann Art. 5 Abs. 1 ZGB.

10) Vgl. Huber, in: Berner Kommentar, N 70 zu Art. 6 ZGB m.w.H.; Fleiner/Giacometti, S. 119; Aubert, Traité, Nr. 648; Widmer, S. 69 f.

11) Vgl. aber die französische Fassung: "Les lois civiles de la Confédération laissent subsister les compétences des cantons en matière public".

2.3.3.1.2 Die Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht

Es finden sich mannigfache Theorien über die Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht.¹²⁾ Im Vordergrund steht zunächst einmal die Interessentheorie. Sie stellt darauf ab, ob ein Rechtsatz private oder öffentliche Interessen wahrnimmt.¹³⁾ Die Funktionstheorie fragt danach, ob ein Rechtssatz unmittelbar die Erfüllung öffentlicher Aufgaben im Auge hat.¹⁴⁾ Nach der Subjekttheorie zeigt sich die Unterscheidung darin, welche Subjekte an dem durch die fragliche Norm geregelten Lebensbereich beteiligt sind. Ist zumindest auf der einen Seite der Staat oder ein anderer Träger hoheitlicher Gewalt beteiligt, so ist eine Norm als öffentlichrechtlich zu qualifizieren.¹⁵⁾ Die Subjektionstheorie stellt darauf ab, ob die fragliche Norm ein Subordinationsverhältnis oder ein Koordinationsverhältnis regelt. Steht eine Unterordnung unter die öffentliche Gewalt in Frage, so ist die Norm als öffentlichrechtlich zu klassifizieren.¹⁶⁾

Die Lehre vom zwingenden oder nachgiebigen Recht von Burckhardt bezeichnet - hier in verkürzter Form dargestellt - solche Normen als öffentlichrechtlich, die zwingender Natur sind, und solche als privatrechtlich, die nachgiebiger Natur sind.¹⁷⁾

Die Normadressatentheorie von Giacometti wiederum stellt darauf ab, ob die Normen einem Hoheitsträger Imperium verleihen wollen: "Der Rechtswirklichkeit im Rechtsstaate kommt wohl die Auffassung am nächsten, die die öffentlichrechtliche Natur der materiellen Rechtsnorm darin erblickt,

12) Vgl. die Zusammenstellungen bei Huber, in: Berner Kommentar, N 110 ff. zu Art. 6 ZGB und Kölz, Kommentar VRG, S. 16 ff.

13) Huber, in: Berner Kommentar, N 120 zu Art. 6 ZGB.

14) Huber, in: Berner Kommentar, N 124 zu Art. 6 ZGB.

15) Huber, in: Berner Kommentar, N 125 zu Art. 6 ZGB.

16) Huber, in: Berner Kommentar, N 126 zu Art. 6 ZGB.

17) Burckhardt, Kommentar, S. 586; Huber, in: Berner Kommentar, N 129 zu Art. 6 ZGB.

ob diese Adressaten besitzt, denen sie Staatsgewalt nach aussen, sogenanntes externes Imperium überträgt, diese Adressaten somit ermächtigt, Privatpersonen Befehle zu erteilen und letztere zwangsweise durchzusetzen. Solche Personen, denen Rechtsätze Staatsgewalt zuweisen, sind aber Hoheitsträger. Dementsprechend erscheint als materielles öffentliches Recht der Inbegriff der Rechtsätze, deren Adressaten ausser Privaten auch Hoheitsträger oder nur Hoheitsträger sind".¹⁸⁾

Nicht zuletzt die Schwierigkeit, ein allgemein gültiges Einteilungskriterium festzulegen, hat Gygi ¹⁹⁾ dazu bewogen, die Frage aufzuwerfen, ob man in Art. 64 BV nicht auch eine Einteilung nach Sachgebieten erblicken sollte. Dies würde die schwierige und ungeklärte Einteilung in öffentliches und privates Recht entbehrlich machen.²⁰⁾

Das BGer scheint sich im Zusammenhang mit Art. 6 ZGB primär von der Interessentheorie leiten zu lassen, wenn es erklärt, die Kantone dürften den Anwendungsbereich des Bundeszivilrechts nur aus haltbaren Gründen des öffentlichen Interesses beschränken:²¹⁾ "Die Kantone dürfen nur Vorschriften erlassen, die ihrem Sinn und Zweck nach dem öffentlichen Recht angehören. Ferner dürfen sie das Anwendungsgebiet des Bundeszivilrechts nur aus haltbaren Gründen des öffentlichen Rechts beschränken und keine Vorschriften aufstellen, die dem Sinn und Geist des Bundeszivilrechts widersprechen oder dieses vereiteln".²²⁾ Voraussetzung ist im übrigen,

18) Giacometti, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960, S. 97 f.

19) Gygi, Zur Rechtsetzungszuständigkeit des Bundes auf dem Gebiete des Zivilrechts, in: ZSR 1976 I, S. 343 ff.

20) Gygi, a.a.O., S. 346.

21) Vgl. aber Huber, in: Berner Kommentar, N 122 zu Art. 6 ZGB: Diese Rechtsprechung sei nicht als Billigung der Interessentheorie zu verstehen. Hier dürfte hingegen BGE 98 Ia 495 Klarheit geschaffen haben. Vgl. auch BGE 109 Ia 66. Dazu auch: Widmer, S. 67 f.; Aubert, Traité, Nr. 649 ff. und Suppl., Nr. 649 ff.; Nobel, Entscheide zu den Einleitungsartikeln, Bern 1977, S. 253 ff., je m.w.H.

22) BGE 85 I 20 f. m.w.H.

dass das Bundesrecht keine abschliessende Regelung vorgenommen hat.²³⁾ "Nach der Rechtsprechung gehört eine Vorschrift dem öffentlichen Recht an, wenn sie wesentlich und in erster Linie im öffentlichen Interesse erlassen ist, die Förderung der Interessen der Gesamtheit bezweckt".²⁴⁾

Dann heisst es allerdings: "Andererseits ist es dem kantonalen Gesetzgeber nicht verwehrt, im Rahmen einer aus haltbaren Gründen des öffentlichen Rechts in das Bundeszivilrecht eingreifenden öffentlichrechtlichen Ordnung zivilrechtliche Mittel zu verwenden, wenn dies zur Erreichung des öffentlichrechtlichen Zwecks unerlässlich ist".²⁵⁾

Diese Bemerkung nun ist von der Literatur heftig kritisiert worden. So bemerkte Huber, dass diese Rechtsprechung "die Grenzsteine zwischen Bundeszivilrecht und dem kantonalen öffentlichen Recht beseitigt".²⁶⁾

In der Tat ist dieser Satz nicht in Einklang zu bringen mit dem anerkannten Grundsatz, dass Art. 64 BV gerade das Arbeiten mit zivilrechtlichen Mitteln dem Bund zuweist und die Setzung von Zivilrecht den Kantonen in beschränktem Masse eben nur im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 ZGB zukommt.

Huber weist sodann darauf hin, dass eine Vorschrift, welche einen zivilrechtlichen Anspruch, etwa einen Schadenersatz- oder Erfüllungsanspruch verleiht, nicht nur mit zivilrechtlichen Mitteln arbeitet, sondern selber eine zivilrechtliche Vorschrift ist. Es sei nicht möglich, "zwischen Mittel und Ziel zu unterscheiden und das eine dem Privatrecht, das andere dem öffentlichen Rechte zuzuscheiden".²⁷⁾

23) BGE 109 Ia 66; vgl. hinten S. 136 f.

24) BGE 85 I 21.

25) BGE 85 I 21.

26) Vgl. etwa Huber, in: Berner Kommentar, N 168 zu Art. 6 ZGB; Widmer, S. 68 f.

27) Huber, in: Berner Kommentar, N 169 zu Art. 6 ZGB; vgl. auch BGE 109 Ia 67.

Ein öffentliches Interesse ist sodann nicht schon dann gegeben, wenn eine bestimmte Norm im Interesse einer Mehrheit der Öffentlichkeit liegt - dies ist letzten Endes in einem demokratischen Staat bei fast jeder Norm gegeben. Gefordert ist vielmehr die Ausrichtung auf die Interessen der Gesamtheit. Die Rechtsquelle, in welcher eine bestimmte Norm enthalten ist, sagt noch nichts Endgültiges über ihren Charakter aus. Dass sich eine kantonale Norm in einer Verfassung befindet, welche im allgemeinen öffentlichrechtliche Normen enthält, darf nicht zur Annahme verleiten, die Norm sei tatsächlich öffentlichrechtlicher Natur.²⁸⁾ Umgekehrt enthält beispielsweise das Obligationenrecht, ein im Grundsatz zivilrechtlicher Erlass, öffentlichrechtliche, etwa prozessuale²⁹⁾ Normen.

Des weiteren kann sich eine kantonale Norm als Doppelnorm erweisen, indem in ein und derselben Regel eine zivilrechtliche und eine öffentlichrechtliche steckt.³⁰⁾ Bei der Behandlung der Kompetenz wird sie nach den Regelungsbereichen aufzulösen sein.

2.3.3.1.3 Widerspruch zu Bundesrecht

Das kantonale Recht darf sodann nicht "Sinn und Geist" des Bundesrechtes widersprechen oder dieses vereiteln.³¹⁾ Dabei handelt es sich um eine Schranke der Kompetenzausübung. Kantonaes öffentliches Recht darf fundamentale Privatrechtsinstitute nicht untergraben oder gegen fundamentale Regelungen oder Rechtsinstitute des Bundeszivilrechts verstossen.³²⁾

28) Huber, in: Berner Kommentar, N 117 zu Art. 6 ZGB.

29) Vgl. etwa Art. 343 OR.

30) Huber, in: Berner Kommentar, N 114 zu Art. 6 ZGB.

31) BGE 109 Ia 66, 101 Ia 506, 85 I 22.

32) Im Einzelnen: Huber, in: Berner Kommentar, N 171 ff. zu Art. 6 ZGB.

2.3.3.1.4 Keine abschliessende Regelung durch das Bundesrecht

Zuweilen findet sich als weitere Voraussetzung, dass die Kantone im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 ZGB nur dann Recht setzen können, wenn nicht schon eine abschliessende Regelung durch das Bundesrecht besteht.³³⁾ Dies ergibt sich aus den vorangegangenen Darlegungen ohnehin.

2.3.3.1.5 Sanktion: Bundesrecht bricht kantonales Recht

Im dargestellten Fall wirkt nun der Satz "Bundesrecht bricht kantonales Recht" als Satz der Normkonkurrenz.³⁴⁾ Allgemein geht man davon aus, dass alles bundesrechtswidrige Recht nichtig ist, selbst das an sich kompetenzgemässe kantonale Recht, das mit kompetenzwidrigem Bundesrecht kollidiert.³⁵⁾

Widmer geht davon aus, dass das bloss normwidrige kantonale Recht, welches nicht kompetenzwidrig ist, ungültig, d.h. suspendiert ist.³⁶⁾

2.3.3.2. Kantonales Recht und Staatsvertragsrecht

Ähnlich stellt sich das Problem beim Staatsvertragsrecht. Dem Bund kommt die Kompetenz zu, "Bündnisse und Staatsverträge ... mit dem Auslande einzugehen" (Art. 8 BV).

Wenn der Bund nach der "zentralistischen Auffassung"³⁷⁾ Staatsverträge mit direkt normativer Wirkung gleich welcher Materie schliessen kann, so kann er eben auch Regeln aufstellen in Gebieten, in denen an

33) BGE 109 Ia 66.

34) Widmer, S. 53.

35) Huber, in: Berner Kommentar, N 25 zu Art. 6 ZGB m.w.H.

36) Widmer, S. 53.

37) Vgl. zur föderalistischen und zentralistischen Auffassung: Aubert, Traité, Nr. 674 ff. m.w.H.; Widmer, S. 16 m.w.H.

sich die Kantone zuständig sind, sofern der Bund sich der Rechtsform des Staatsvertrages bedient. Dies vermag natürlich nichts daran zu ändern, dass die Kantone in den ihnen zukommenden Materien grundsätzlich kompetent bleiben.³⁸⁾

Auch hier tritt dann in ähnlicher Weise der Grundsatz "Bundesrecht bricht kantonales Recht" als Satz der Normkonkurrenz auf. Es ist davon auszugehen, dass auch hier normwidriges kantonales Recht nichtig ist. Eine andere Ansicht vertritt - wie dargestellt - Widmer.

38) Widmer, S. 19.

2.4 Eine allgemeine Kompetenz der Kantone zum Erlass von Grundrechtsnormen?

Die Grundrechtsnormen der Bundesverfassung müssen zugleich Kompetenznormen sein.¹⁾ Im Bereich der vorgenommenen Regelung hat der Bund damit die Kompetenz an sich gezogen. Insoweit fehlt den Kantonen entsprechend die Kompetenz, dies nach der allgemeinen Regel "Bundesrecht bricht kantonales Recht", hier verwendet als Norm zur Lösung von Kompetenzkonflikten.

Ein anderer Schluss wäre nur zulässig, wenn man von der Existenz einer Doppel- resp. Parallelkompetenz in diesem Bereich ausgehen würde. Dabei ist zu beachten, dass die Bundesverfassung eine analoge Norm zu Art. 142 GG ²⁾ nicht kennt. Aus Art. 3 BV lässt sich eine allgemeine Kompetenz der Kantone, wie gezeigt, nicht entnehmen.³⁾

Art. 5 BV bestimmt wohl, dass der Bund die Kantonsverfassungen und die verfassungsmässigen Rechte der Bürger gewährleistet. Gemeint sind damit nicht nur die verfassungsmässigen Rechte der Bundesverfassung, sondern auch jene der Kantonsverfassungen.⁴⁾ Nun will diese Bestimmung nicht die allgemeine Kompetenzverteilung durchbrechen, sie will den Kantonen nicht zusätzliche Kompetenzen zuweisen. Diese Regel begründet lediglich die Kompetenz des Bundes, für die Einhaltung der verfassungsmässigen Rechte der Bürger zu sorgen.

Desgleichen lässt sich auch Art. 6 BV nicht für die Bejahung einer allgemeinen Doppel- resp. Parallelkompetenz der Kantone im Grundrechtsbereich fruchtbar machen. Diese Bestimmung, wonach der Bund die Gewährleistung der Kantonsverfassungen übernimmt, sofern "sie nichts den Vorschriften der Bundesverfassung Zuwiderlaufendes enthalten" (Abs. 2 lit. a), will keine Abweichung vom Satz "Bundesrecht bricht kantonales Recht" statuie-

1) Vgl. vorne S. 127.

2) Vgl. vorne S. 122.

3) Vgl. vorne S. 126 ff.

4) Vgl. Burckhardt, Kommentar, S. 61.

ren. Sie ist vielmehr ein Anwendungsfall dieser Regel.⁵⁾ Indessen ist es richtig, wenn einzelne Autoren bemerken, dass die Annahme einer Doppel- resp. Parallelkompetenz die Gewährleistungspraxis der Bundesversammlung für sich haben.⁶⁾ Nun ist diese Praxis grundsätzlich nicht frei von Mängeln,⁷⁾ weshalb sie nur schlecht als Zeuge angerufen werden kann. Im übrigen aber darf die vorgenommene Prüfung ohnehin nicht überbewertet werden; sie hat sich mit dem Problem der Kompetenzverteilung nur am Rande auseinandergesetzt. Geprüft wird primär, ob die kantonalen Verfassungsbestimmungen keine Normkonflikte mit dem Bundesrecht beinhalten.⁸⁾ Sodann lässt sich nicht endgültig feststellen, ob die Bundesversammlung die Gewährleistung erteilt hat, weil sie die Kantone zum Erlass von Grundrechtsnormen kompetent hielt oder weil sie diese Normen "als historische Reminiszenzen", als "juristisch irrelevante Freiheitsverbürgungen"⁹⁾ rein deklaratorischen Charakters als von vorneherein für vollkommen ungeeignet hielt, überhaupt eine rechtliche Wirkung und damit einen Konflikt zu erzeugen. Es ist eher letzteres anzunehmen.¹⁰⁾ Sodann ist zu beachten, dass eine längere Praxis der Bundesversammlung nur hinsichtlich der Freiheitsrechte besteht. Nicht weiter zu begründen ist, dass die Gewährleistungspraxis ohnehin keine Verfassungsänderung, konkret eine Abänderung der allgemeinen Regel "Bundesrecht bricht kantonales Recht", herbeiführen kann. Die gewährleistenden einfachen Bundesbeschlüsse¹¹⁾ sind dazu schon rein gesetzgebungstechnisch nicht in der Lage.

5) Burckhardt, Kommentar, S. 65; Giacometti, Kantone, S. 28; Cereggetti, S. 4.

6) Brühwiler, S. 46; Hangartner, Kompetenzverteilung, S. 183; Filli, S. 62 ff. In der Tat hat die Bundesversammlung bisher jedenfalls gleichlautende Grundrechtsgarantien in den kantonalen Verfassungen nie beanstandet; vgl. Botschaft des Bundesrates über die Gewährleistung der Verfassung des Kantons Jura vom 20 April 1977, S. 10 (= BB1 1977 II, S. 273).

7) Vgl. hinten S. 163 ff.

8) Vgl. auch Häfelin, Grundrechte, S. 42.

9) So Giacometti, Kantone, S. 172.

10) Vgl. auch Häfelin, Grundrechte, S. 41 f.

11) Art. 8 des Geschäftsverkehrsgesetzes (SR 171.11).

Sodann kann nicht davon ausgegangen werden, dass sich eine allgemeine Doppel- resp. Parallelkompetenz gewohnheitsrechtlich ausgebildet hat.¹²⁾ Eine Lücke im Satz "Bundesrecht bricht kantonales Recht", in welche sich das Gewohnheitsrecht setzen könnte, ist m.E. nicht erkennbar. Andererseits kann nicht davon ausgegangen werden, dass es verfassungs-derogierendes Gewohnheitsrecht gibt.¹³⁾

Bei Brühwiler¹⁴⁾ findet sich zudem für das Bestehen einer Doppelkompetenz die Argumentation, dass Freiheitsrechte nicht eigentliche Kompetenznormen seien, dass sie nur eine Grenze gesetzgeberischer Funktion darstellten und so nicht die Kompetenz des einen Gesetzgebers gegenüber derjenigen des anderen abgrenzen, sondern die Kompetenzabgrenzung - resp. den Kompetenzausschluss - schlechthin vornehmen. Damit könnten die Kantone durch die Aufstellung gleichlautender Freiheitsgarantien gar nicht in die Kompetenz des Bundes eingreifen. Diese Argumentation hat zweifellos ihre Berechtigung im Rahmen des dahinter stehenden negatorischen Grundrechtsverständnisses. In jedem Fall ist sie aber nicht schädlich. Wenn man aber die Freiheitsrechte und die Grundrechtsgarantien allgemein als Verhaltensnormen betrachtet, so hat diese Argumentation indessen keinen Bestand. Hier liegt m.E. der wesentliche Punkt, weshalb man im Rahmen der geltenden Grundrechtstheorie eine allgemeine Doppelkompetenz im Grundrechtsbereich ablehnen muss. Der Gehalt der Grundrechtsnormen wurde - durch die Rechtsprechung und auch durch neuere Verfassungsrevisionen resp. Kodifikationen - ganz wesentlich verändert. Die Grundrechtsnormen werden für Ziele in Anspruch genommen, die früher nur auf

12) So Filli, S. 62 ff.; unklar bleibt, ob sich die Äusserung nur auf Freiheitsrechte oder generell auf die Grundrechte bezieht. Auf S. 66 der zitierten Stelle wird allgemein von Grundrechten gesprochen, welche in der genannten Arbeit als objektive "Verfassungsnormen, welche das Verhältnis der Individuen zum Staat regeln", definiert werden (a.a.O., S. 20)

13) BGE 94 I 308; ohnehin ist fraglich, ob es Gewohnheitsrecht auf Verfassungsstufe gibt. Solches wäre aber hier notwendig, da sich die Kompetenzverteilung, und damit auch eine Parallelkompetenz, nur aus der Verfassung ergeben kann.

14) Brühwiler, S. 46.

Gesetzesstufe als realisierbar betrachtet wurden. Wenn man eine allgemeine ¹⁵⁾ Doppel- resp. Parallelkompetenz annehmen wollte, so würde das letztlich heissen, dass die Kantone einseitig ihren Kompetenzbereich erweitern könnten, nur indem sie die Regelung eines bestimmten Sachverhaltes grundrechtlich, d.h. im Rahmen eines verfassungsmässigen Rechtes vornehmen. Die Grundrechtsnormen dürfen m.E. bei der Beantwortung der Kompetenzfrage grundsätzlich nicht anders behandelt werden als jede andere kantonale Rechtsnorm. Die Umdeutung der Grundrechte muss notwendigerweise diese Konsequenz haben.

Das heisst nun aber nicht, dass bei der Auflösung der Kompetenzfrage v.a. im Rahmen der "Sozial"rechte nicht doch "Parallelkompetenzen" im beschriebenen Sinne ¹⁶⁾ auftreten können.

2.5 Abwehraspekt der Freiheitsrechte

2.5.1 Wiederholende Garantien

2.5.1.1 Fälle

Es wurde dargelegt, dass die kantonalen Freiheitsrechte in der Regel einen mit dem entsprechenden Bundesverfassungsrecht übereinstimmenden Freiheitsbereich vor staatlichen Eingriffen garantieren.

2.5.1.2 Rechtliche Geltung

Im Rahmen der geregelten Freiheitsgarantien hat die Bundesverfassung die Kompetenz an sich gezogen. Da die Regelung zugleich materiell vorgenommen wurde, kann die Kompetenz nur eine ausschliessliche sein. Dies gilt auch für die durch die Praxis anerkannten stillschweigend garantierten Freiheitsrechte.

15) Oder auch nur "streckenweise", vgl. Hangartner, Kompetenzverteilung, S. 188.

16) Vgl. vorne S. 128.

Die gleichlautenden kantonalen Regelungen missachten demnach eine Rechts-erzeugungsbedingung. Die Rechtsfolge kann grundsätzlich nur darin bestehen, dass auch die mit dem entsprechenden Bundesverfassungsrecht übereinstimmenden kantonalen Freiheitsgarantien nichtig sind. Auf diesem Standpunkt steht denn auch die herrschende Lehre.¹⁾

Zu einem anderen Ergebnis kommt Brühwiler, der – allerdings unter der Voraussetzung der Existenz einer Doppelkompetenz – davon spricht, dass die fraglichen Garantien lediglich in ihrer Anwendung gehemmt seien.²⁾ Auch Hangartner geht davon aus, dass den Kantonen "in bezug auf die Abgrenzung und Ausgestaltung der Freiheit... eine gewisse Gestaltungskompetenz" auch dann zukomme, wenn bereits eine bundesrechtliche Gewährleistung vorliege.³⁾

Das Bundesgericht scheint in früherer Zeit von einer latenten Geltung der kantonalen Freiheitsgarantien ausgegangen zu sein, wenn es ausführte, diese hätten für die Dauer der Geltung der Bundesverfassung keine selbständige Bedeutung.⁴⁾ In neueren Entscheiden ist allerdings nur mehr ausgeführt, die kantonalen Garantien hätten keine selbständige Bedeutung, sofern sie nicht weitergingen als das entsprechende Bundesverfassungsrecht.⁵⁾ In BGE 96 I 223 wird gesagt, die wiederholenden kantonalen Garantien hätten "keine Bedeutung". Sodann bestätigt das BGer in BGE 104 Ia 485 den Anwendungsvorrang der bundesrechtlichen Garantie, indem ein wegen der Verletzung von solchen "unselbständigen" Garantien angefochtener Erlass nur auf dessen Übereinstimmung mit Bundesrecht überprüft wird.⁶⁾ Die Formulierung legt den Schluss nahe, dass das Bundesge-

1) Fleiner/Giacometti, S. 882 f.; Giacometti, Kantone, S. 157 ff., 172; Imboden, Diss., S. 155 Anm. 49; Aubert, Traité, Nr. 1755, S. 621 f.; Häfelin, Grundrechte, S. 41; Saladin, Grundrechte im Wandel, S. 115; a.A. Burckhardt, Kommentar, S. 823.

2) Brühwiler, S. 62.

3) Kompetenzverteilung, S. 183

4) So insb. BGE 15, S. 733 f.

5) Vgl. etwa BGE 64 I 189, 87 I 176, 97 I 49, 104 Ia 435.

6) Vgl. auch BGE 97 I 49.

richt auch heute noch von einer latenten Fortgeltung der wiederholenden kantonalen Grundrechtsgarantien ausgeht. Indessen fehlen tiefere Erörterungen hiezu, was angesichts der geringen praktischen Relevanz nicht erstaunt.

Nun gibt es gewichtige Argumente für die Auffassung, die wiederholenden kantonalen Grundrechtsgarantien nicht als vollkommen nichtig anzusehen, mindestens soweit man die an sich einzige konsequente Folgerung daraus zieht, dass nämlich solche Garantien gar nicht gewährleistet werden dürfen. Auch wenn die Kantone nicht Staaten im eigentlichen Sinn sind, dies mangels "Kompetenzkompetenz", so ist doch unbestreitbar, dass sich die Kantone nach schweizerischer Rechtsauffassung "Grundgesetze" in Form von Verfassungen geben können. Der Wortlaut von Art. 5 und 6 BV ist hier eindeutig. Man wird diesen Bestimmungen sogar entnehmen können, dass sich die Kantone Verfassungen geben müssen.⁷⁾ Zwar sind Verfassungen ohne Grundrechtsgarantien grundsätzlich denkbar, wie die angeführten Beispiele in der Bundesrepublik zeigen.⁸⁾ Nach schweizerischer Rechtsauffassung gehören m.E. Freiheitsverbürgungen wesensnotwendig zu einer Verfassung.⁹⁾

Zu beachten ist, dass die hier in Frage stehenden Freiheitsgarantien gerade die wichtigsten sind. Indessen vermögen die vorangegangenen Argumente, welche eher rechtspolitischer Natur sind, an der dargestellten Kompetenzverteilung nichts zu ändern. In Abwesenheit einer Bestimmung analog zu Art. 142 GG, wie vorne Seite 122 dargestellt, müssen die wiederholenden Garantien in den kantonalen Verfassungen deshalb als nichtig angesehen werden.¹⁰⁾ Indessen ist zu beachten, dass die geltende Gewährleistungspraxis der Bundesversammlung, welche diese Bestimmungen nicht beanstandet, keinen Schaden verursachen kann.

7) Aubert, *Traité*, Nr. 575.

8) Vgl. vorne S. 121 Anm. 2; gl.A.: Filli, S. 41 f.; a.A.: Aubert, *Traité*, Nr. 575: Aufgrund von Art. 6 BV hätten die kantonalen Verfassungen Bestimmungen über die "libertés individuelles" zu enthalten.

9) Vgl. Giacometti, *Kantone*, S. 23 f.

10) Anders Filli, S. 43 ff.

Soweit die kantonalen Garantien mit jener der EMRK übereinstimmen, wird man nicht Nichtigkeit, sondern eine latente Geltung ersterer annehmen müssen. Denn es wurde keine Rechtserzeugungsbedingung missachtet,¹¹⁾ und Normwidrigkeit liegt ohnehin nicht vor.

2.5.2 Kantonale Freiheitsrechte, die ein "Weniger" an Freiheit garantieren

2.5.2.1 Fälle

Wie im 2. Kapitel dargestellt, bleiben die Freiheitsgarantien einzelner kantonalen Grundrechte hinter jener des entsprechenden Bundesverfassungsrechtes zurück. Dies kann einmal darin bestehen, dass der Kreis der Träger eingeschränkt wird, so etwa im Bereich der Glaubens-, Gewissens- und Kultusfreiheit.¹⁾

Sodann können sich generelle inhaltliche Abweichungen ergeben, etwa wo kantonale Verfassungen im Bereich der persönlichen Freiheit lediglich die physische Freiheit garantieren.²⁾

2.5.2.2 Rechtliche Geltung

Bei diesen kantonalen Freiheitsgarantien ergibt sich zunächst die schon geschilderte Kompetenzkonkurrenz. In jenem Bereich, in welchem sie die Freiheit inhaltlich oder personell weniger umfassend als die Bundesverfassung garantieren, liegt auch ein Normkonflikt vor. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die meisten dieser Normen keinen Widerspruch zum Bundesrecht erzeugen wollten. Sie sind vielmehr Ausfluss der Zeit, in welcher sie erlassen wurden. Diese Normen müssen allesamt als nichtig er-

11) Vgl. vorne S. 138.

1) Vgl. vorne S. 73 f.

2) Vgl. vorne S. 54.

achtet werden. Die Kompetenz wurde den Kantonen nachträglich entzogen, resp. die nach der Zuweisung der Kompetenz an den Bund entstandenen Normen haben eine Rechtserzeugungsbedingung missachtet.

Eine Abweichung von diesem Grundsatz kann anders als bei den wiederholenden Normen nicht befürwortet werden. Dementsprechend ist solchen kantonalen Grundrechtsnormen die Gewährleistung zu versagen.

2.5.3. Kantonale Freiheitsrechte, die ein "Mehr" an Freiheit garantieren

2.5.3.1 Fälle

Es wurden gänzlich eigenständige kantonale Freiheitsrechte aufgefunden, so etwa die Garantien des Hausrechtes.¹⁾ Sodann scheint das "Recht auf Familie" in den Verfassungen der Kantone Basel-Landschaft, Jura, Uri und Solothurn jedenfalls in personeller Hinsicht weiter als die Bundesverfassung zu gehen.²⁾ Zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang auch die erweiterten prozessualen Garantien, etwa in der Verfassung des Kantons Genf,³⁾ welche schon Anlass zu bundesgerichtlichen Erörterungen gegeben haben.

2.5.3.2 Rechtliche Geltung

Der Bund beansprucht keine umfassende Kompetenz zur Regelung von Freiheitsrechten. Den Kantonen steht grundsätzlich frei, einen erweiterten Schutzbereich zu garantieren. Dieser Standpunkt wird auch in der Lehre einhellig vertreten.⁴⁾ Das Bundesgericht bezeichnet solche Garantien

1) Im Verhältnis zur Bundesverfassung; vgl. vorne S. 58.

2) Vgl. vorne S. 95 f.

3) Vgl. vorne S. 54.

4) Vgl. etwa Giacometti, Kantone, S. 157 f.; Hangartner, Kompetenzverteilung, S. 174; Häfelin, Grundrechte, S. 43.

als "selbständig" und wendet sie "konkurrierend" an.⁵⁾ Dies darf jedoch nicht generalisiert werden. Vielmehr sind auch im Rahmen solcher erweiterter Freiheitsgarantien Kompetenz- und Normkonkurrenzen denkbar. Zunächst kann es zu Konflikten zwischen verschiedenen Grundrechtsträgern kommen; eine übermässige Demonstrationsfreiheit kann etwa die Bewegungsfreiheit von anderen Personen, welche nicht an der Demonstration teilnehmen, einschränken. Dabei sei nicht verkannt, dass es nicht eigentlich die Gewährleistung dieser so verstandenen Demonstrationsfreiheit ist, welche die Bewegungsfreiheit eines anderen Grundrechtsträgers einschränkt, sondern die Ausübung der Demonstrationsfreiheit durch die privaten Teilnehmer. Die Ursache für den Konflikt ist jedoch in der Gewährung der Demonstrationsfreiheit selbst zu suchen. Diese geschilderte Demonstrationsfreiheit findet nun in jedem Fall ihre Grenze an den bundesrechtlich garantierten Freiheitsrechten. Letztere setzen sich im Rahmen der Regel "Bundesrecht bricht kantonales Recht" in jedem Fall durch. Kantonale Garantien, welche einen solchen Konflikt offensichtlich herbeiführen, wären demnach nicht zu gewährleisten. Auch können sich Kompetenz- und Normkonkurrenzen im Hinblick auf anderes Bundesrecht ergeben. So etwa enthalten Art. 8 JU lit. c, SO 10 und UR 12 lit. b dem Wortlaut nach keine Einschränkung des "Rechtes auf Familie" auf Schweizer. Der Familiennachzug der Ausländer wird jedoch im Rahmen des Bundesgesetzes über den Aufenthalt und die Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (ANAG) geregelt, welches gestützt auf Art. 69ter BV erlassen wurde. Auch hier kann eine Normkonkurrenz wie auch eine Kompetenzkonkurrenz vorliegen. Oftmals ist es indessen schwierig, im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle einen Konflikt festzustellen. Auf die Folgerungen für die Praxis wird noch zurückzukommen sein.⁶⁾

5) Vgl. BGE 104 Ia 300, 98 Ia 100: "Dans la mesure où elles (d.h. die kantonalen Verfassungsbestimmungen, Anm. d. Verf.) offrent à l'individu une protection plus large que la garantie du droit fédéral - fût-ce par des règles purement formelles - les dispositions de la constitution cantonale s'appliquent concurremment avec elle", mit Verweis auf BGE 95 I 359.

6) Vgl. hinten S. 171 ff.

Festzustellen bleibt, dass es den Kantonen nicht in jedem Fall zukommt, erweiterte Freiheitsgarantien zu statuieren. Der Satz, wonach die erweiterten Garantien "konkurrierend" anzuwenden sind, ist damit nicht der Verallgemeinerung zugänglich.

2.5.4 Beschränkungsvoraussetzungen

2.5.4.1 Fälle

In der Regel erwähnen die kantonalen Grundrechtsgarantien die Beschränkungsvoraussetzungen gar nicht. Soweit solche genannt werden, stimmen sie in der Regel mit der bundesgerichtlichen Praxis zur Einschränkung von Grundrechten der Bundesverfassung überein.¹⁾ Es wurden jedoch auch Fälle festgestellt, wo an die Beschränkung der Ausübung von Grundrechten besondere formelle Voraussetzungen gestellt werden. Etwa wenn die Verfassung des Kantons Jura²⁾ generell nur Beschränkungen gestützt auf ein Gesetz im formellen Sinn zulassen will, unabhängig von der Schwere des Eingriffes.

In dieselbe Kategorie gehört auch die Bestimmung in verschiedenen Verfassungen,³⁾ wonach die Entschädigung bei der formellen Enteignung im voraus zu entrichten ist.

Die Verfassungen der Kantone Aargau und Solothurn gehen, soweit sie die Ausübung der Versammlungsfreiheit nur bei schwerer und unmittelbarer Gefahr für die öffentliche Ordnung (und Sicherheit) beschränkt sehen wollen, offenbar über die von der Bundesverfassung geforderten materiellen Voraussetzungen hinaus.⁴⁾

1) Vgl. etwa vorne S. 62.

2) S. vorne S. 49.

3) S. vorne S. 91.

4) S. vorne S. 81.

2.5.4.2 Rechtliche Folgen

Die Organisation der Verwaltungs- und Gesetzgebungstätigkeit ist grundsätzlich Sache der Kantone. Insofern müssen sie auch kompetent sein, an die formellen Voraussetzungen der Einschränkung von Grundrechten strengere Maßstäbe anzulegen als das Bundesgericht dies tut.⁵⁾ Dies gilt jedenfalls, soweit nicht eine eigentliche Schutzpflicht in Frage steht und die Dauer des Gesetzgebungsverfahrens die Wahrnehmung dieser Schutzpflicht nicht beeinträchtigt. Es ist jedoch nicht anzunehmen, dass die genannte Bestimmung in der Verfassung des Kantons Jura die Anwendung etwa einer notrechtlichen Polizeigeneralklausel verunmöglichen will. Indessen ist der Kanton nicht kompetent, an die formellen Voraussetzungen der Beschränkung weniger strenge Maßstäbe anzulegen. Soweit er dies tun würde, entstünde auch ein Normkonflikt. Dies gilt m.E. jedoch nicht, soweit es um die Einschränkung eines lediglich in der Kantonsverfassung garantierten Freiheitsrechtes geht. Da der Kanton nicht verpflichtet ist, ein solches Freiheitsrecht zu garantieren, bleibt es ihm unbenommen, die Einschränkungsvoraussetzungen eigenständig zu normieren. Dies gilt auch für die materiellen Voraussetzungen, wie etwa die Art des öffentlichen Interesses. Zu beachten sind allerdings auch hier bundesrechtliche Beschränkungsvoraussetzungen, soweit sie sich zu einem eigenständigen Grundrecht verdichtet haben.⁶⁾

Generell kompetenzwidrig sind kantonale Normen, welche in materieller Hinsicht stärkere Beschränkungsmöglichkeiten vorsehen, etwa Beschränkungen, welche nicht im öffentlichen Interesse liegen. In diesem Sinne kann sich etwa die Bestimmung auswirken, wonach jedermann bei der Ausübung seiner Grundrechte diejenigen der anderen zu beachten habe. Auf diese Problematik wird im Zusammenhang mit der Drittwirkung zurückzukommen sein.⁷⁾

5) Vgl. BGE 98 Ia 100, 109 Ia 122.

6) Vgl. vorne S. 30.

7) Vgl. hinten S. 152 ff.

Nicht zu beanstanden ist m.E. die vorgenannte Bestimmung der Verfassung des Kantons Aargau, wonach die Ausübung der Versammlungsfreiheit nur bei schwerer unmittelbarer Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit beschränkt werden kann. Praktisch (nicht theoretisch im Rahmen des hier angewendeten Systems) gewährt der Kanton Aargau damit einen weiteren Freiheitsbereich, was zulässig sein muss, wenn damit nicht Schutzpflichten, welche im Bundesrecht verankert sind, tangiert werden. Ist dies der Fall, so muss der Kanton eingreifen. Ist dies aber nicht der Fall, ermächtigt ihn das Bundesrecht wohl zu einem Eingriff, es verpflichtet ihn m.E. jedoch nicht dazu. Sodann stellt sich noch die Frage - allerdings mit geringer praktischer Relevanz - ob die Kantone kompetent sind, mit dem Bundesrecht übereinstimmende Beschränkungsvoraussetzungen zu normieren. Dies ist unproblematisch, soweit es um die Normierung der Beschränkung von lediglich in der Kantonsverfassung vorgesehenen Grundrechten geht. Im übrigen aber stellt sich das Problem analog zu jenem, ob die Kantone Freiheitsrechte wiederholend normieren können. Grundsätzlich sind sie hiezu ebenso nicht kompetent. Soweit man hingegen solchen Garantien die Gewährleistung nicht versagen will, sollte man dies m.E. auch bei den Beschränkungsnormen nicht. Letztere bilden mit ersteren eine Einheit.

2.6 Leistungs- und Schutzansprüche aus Freiheitsrechten

2.6.1 Übereinstimmende Normierungen

Hier fehlen ausdrückliche Normierungen in der Bundesverfassung ebenso wie in den kantonalen Verfassungen. Rein theoretisch stellt sich das Problem m.E. analog wie bei den Freiheitsgarantien. Grundsätzlich sind solche Normierungen kompetenzwidrig, auch wenn natürlich der Adressat von solchen Leistungsansprüchen in der Regel der Kanton (oder ein ihm untergeordneter Selbstverwaltungskörper) ist. Ein unabdingbares Bedürfnis zur Aufnahme von Leistungsgarantien besteht indessen, anders als bei den Freiheitsgarantien, nicht.

2.6.2 Kantonale Garantien, die ein "Weniger" an Leistung oder Schutz gewähren

Auch hier fehlt die praktische Relevanz. Es sind keine solche Fälle aufgefunden worden. Solche Bestimmungen wären in jedem Falle kompetenz- sowie im einschränkenden Bereich normwidrig.

2.6.3 Kantonale Garantien, die ein "Mehr" an Leistung oder Schutz gewähren

2.6.3.1 Fälle

Zu nennen ist hier die Demonstrationsfreiheit gemäss Art. 8 lit. g JU.¹⁾ Auch ist auf die allgemeine Schutzpflicht gemäss BL 6 hingewiesen worden, indessen auch auf das Problem der Justiziabilität.²⁾

2.6.3.2 Rechtliche Geltung

Der Kanton verfügt grundsätzlich über seine Ressourcen selbst, soweit ihm das Bundesrecht hier keine Vorschriften macht. Dies gilt insbesondere bei der Disposition über den öffentlichen Grund. Unter diesem Gesichtspunkt ist die erweiterte Gewährung von Leistungsansprüchen im Zusammenhang mit Freiheitsrechten nicht bundesrechtswidrig. Immerhin sind auch hier Konflikte denkbar, etwa wenn es zur Kollision zwischen verschiedenen Grundrechtsträgern kommt. Dasselbe gilt, soweit ein Kanton einzelne Freiheitsrechte vom Staat speziell geschützt sehen will. Kollisionen sind dabei etwa dann denkbar, wenn durch irgendwelche Eingriffe einem Freiheitsrecht rechtlich oder faktisch eine verstärkte Stellung eingeräumt wird. Solche Intentionen sind jedoch in BL 6 Abs. 1 nicht erkennbar. Werden Schutzpflichten im Rahmen von Förderungsmassnahmen wahrgenommen, so kann dies zu Eingriffen in den freien Wettbewerb führen. Auf die damit verbundene Problematik ist bei der Behandlung der Sozialrechte einzugehen.

1) Vgl. vorne S. 107.

2) Vgl. vorne S. 107.

2.7 Einwirkung der Grundrechtsnormen auf das Verhältnis Bürger/Bürger

2.7.1 Fälle

Eine Drittwirkung in nicht abschliessend zu beurteilender Form enthalten die Verfassungen der Kantone Aargau,¹⁾ Basel-Landschaft,²⁾ Jura,³⁾ und Solothurn.⁴⁾

2.7.2 Rechtliche Geltung

2.7.2.1 Direkte Einwirkung

Der Satz, dass jeder bei der Ausübung seiner Grundrechte die Grundrechte der anderen zu achten habe, verstanden als Satz zur Auflösung von Grundrechtskollisionen,⁵⁾ beinhaltet notwendigerweise, dass in gewissen Fällen ein Grundrechtsträger auf die Ausübung seiner Freiheit zugunsten eines anderen Grundrechtsträgers verzichten muss. Der ihm zugestandene Freiheitsbereich wird so eingeschränkt.⁶⁾ Dieser Satz bringt zwar keine Lösung der Grundrechtskonflikte, etwa im Sinne einer Rangordnung.⁷⁾ Dennoch ist generell zu bemerken, dass die Grundrechte der Bundesverfassung ihren Anwendungsbereich selbst regeln. Allein aus der Bundesverfassung selbst können demnach die Konflikte zwischen den Trägern von daselbst gewährten Grundrechten gelöst werden. Für diesbezügliche kantonale Anordnungen besteht kein Raum: Die Kantone sind nicht kompetent. Die vorgenannte Bestimmung, in diesem Sinne ausgelegt, erweist sich damit als nichtig, unabhängig davon, ob ein Normkonflikt besteht oder nicht.

1) Vgl. vorne S. 100 f.

2) Vgl. vorne S. 103 f.

3) Vgl. vorne S. 102 f.

4) Vgl. vorne S. 104.

5) Vgl. vorne S. 37 f. und 102.

6) G. Müller, Drittwirkung, S. 238.

7) Vgl. dazu Rohrer, S. 104 ff.

Sollen Grundrechtsnormen Private untereinander verpflichten, so sind diese Normen unabhängig von der Rechtsquelle grundsätzlich dem Privatrecht zuzuordnen. In der Regel wird es um den Schutz der privaten Freiheitssphäre im privaten Interesse gehen. Zur Setzung von Privatrecht sind die Kantone nur im sehr eingeschränkten Bereich gemäss Art. 5 Abs. 1 ZGB befugt. Somit erweist sich auch hier die Anordnung der Drittwirkung als kompetenzwidrig.

Ebenso können Normkonflikte entstehen. So werden etwa Unmündige durch die elterliche Gewalt gemäss Art. 296 Abs. 1 ZGB in ihrer persönlichen Freiheit eingeschränkt. Zwar nehmen etwa Art. 301 und 302 ZGB den Gedanken der Entscheidungsfreiheit der Unmündigen auf. Diese Regelung muss jedoch als abschliessend angesehen werden. Die Anordnung einer erweiterten Entscheidungsfreiheit der Unmündigen durch die Kantone hält damit vor der Regel "Bundesrecht bricht kantonales Recht" nicht stand.

Ebenso tangiert die allgemeine Anordnung einer direkten Drittwirkung die zivilrechtliche Vertragsfreiheit. Diese ist zwar nicht unbeschränkt.⁸⁾ Die privatrechtlichen Schranken werden jedoch durch das Bundesprivatrecht definiert, für kantonale Regelungen bleibt grundsätzlich kein Raum. Das Privatrecht selbst "ermöglicht und duldet eine Wirtschaftsgestaltung, welche das in der BV proklamierte Ordnungsprinzip der freien Konkurrenz verdrängt".⁹⁾

Vollends problematisch wird die Anordnung der direkten Drittwirkung, wenn dies etwa zu einem Kontrahierungszwang führen würde. So ist immerhin denkbar, dass die Vereinsfreiheit praktisch nur ausgeübt werden kann, wenn ein Privater einen Saal zur Verfügung stellt, so etwa in einem Ort, wo lediglich ein Saal in privatem Besitz zur Verfügung steht. Im Rahmen des Bundesprivatrechts könnte die Zulässigkeit eines Kontrahierungszwanges

8) Vgl. etwa Becker, in: Berner Kommentar, N 21 ff. zu Art. 19 OR; Oftinger, Vertragsfreiheit, S. 318.

9) Homburger, Die Gestaltung des Verhältnisses zwischen Handels- und Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit als Problem der Wirtschaftsordnung, Diss., Zürich 1948, S. 55.

in einem solchen Fall nicht bejaht werden.¹⁰⁾

Es gilt allerdings zu beachten, dass die Kantone im Rahmen ihrer öffentlichrechtlichen Befugnisse durchaus tragende Gedanken der Freiheitsrechte durchsetzen können, soweit dies im öffentlichen Interesse und mit öffentlichrechtlichen Mitteln geschieht.¹¹⁾ Gerade in wichtigen Bereichen der freien Entfaltung des Menschen hat jedoch der Bund auch hier die Kompetenz der Kantone beschränkt, so etwa im Bereich des Schutzes der freien Konkurrenz durch Erlass des Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen¹²⁾ im Rahmen von Art. 31bis Abs. 3 lit. d BV. Auch schützen verschiedene Bestimmungen des Strafgesetzbuches die Bewegungs- und Entscheidungsfreiheit des Menschen vor Übergriffen Privater.

Eine generelle Anordnung der direkten Einwirkung auf das Privatrecht durch kantonale Verfassungen hält auch unter diesem Gesichtspunkt vor der Regel "Bundesrecht bricht kantonales Recht" nicht stand; solchen Anordnungen ist die Gewährleistung zu versagen.¹³⁾

2.7.2.2 Die Anordnung der Einwirkung im Sinne einer Auslegungsregel und zur Lückenfüllung

Auch in dieser Form tangiert die Anordnung der Drittwirkung das Bundesprivatrecht. Dieses bestimmt seinen Anwendungsbereich grundsätzlich selbst. In Art. 1 ZGB wird denn auch eine - wenn auch konkretisierungsbedürftige - Auslegungsregel statuiert, mit Geltung für das gesamte Bundesprivatrecht.¹⁴⁾

Der kantonale Gesetzgeber ist damit nicht kompetent, die Anwendung des

10) Vgl. von Tuhr/Peter, S. 284.

11) Zur Definition vgl. vorne S. 133 ff.

12) Wobei hier offengelassen werden soll, inwieweit dieses Gesetz dem öffentlichen oder dem privaten Recht zugeordnet werden muss.

13) Zur verfassungskonformen Auslegung, vgl. hinten S. 167 ff.

14) Vgl. Meier-Hayoz, in: Berner Kommentar, N 46 zu Art. 1 ZGB.

Bundesprivatrechts zu beeinflussen, selbst dann nicht, wenn er dies in Übereinstimmung mit dem Bundesrecht tut. In der Tat nimmt das Bundesprivatrecht viele Wertentscheidungen im Sinne der Grundrechte vor. Bedeutendes Beispiel ist etwa das revidierte Eherecht, welches den Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau durchführt. Auch hat das Bundesgericht unter bestimmten Voraussetzungen eine verfassungskonforme Auslegung befürwortet.¹⁵⁾ Andererseits kann eine verfassungskonforme Auslegung nicht in Frage stehen, wenn das Privatrecht eine von den Grundrechten verschiedene Wertordnung statuiert, wie etwa in dem zur Zeit der Niederschrift dieser Arbeit noch gültigen Art. 160 Abs. 1 ZGB. Insoweit würde eine verfassungskonforme Auslegung mit dem Bundesrecht in Widerspruch stehen. Ähnlich verhält es sich, wenn die Grundrechtsnormen zur Lückenfüllung herangezogen werden. Die Grundrechte können durch kantonale Anordnung weder zum Aufspüren noch zum Ausfüllen von Lücken im Bundesprivatrecht dienen, die Kantone sind in diesem Bereich nicht kompetent. Das Ausfüllen sogenannter echter Lücken hat im Rahmen von Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB nach Bundesprivatrecht zu erfolgen. Auch kantonales Gewohnheitsrecht kann sich so nur verwirklichen, soweit der Bund dies zulässt. Soweit der Richter anstelle des Gesetzgebers tritt, hat er grundsätzlich als Bundesprivatrechtsgesetzgeber zu handeln: Das Richterrecht hat sich in das Bundesprivatrecht einzufügen, den "Geist des geformten Rechts" ¹⁶⁾ aufzunehmen, sofern der Richter nicht schon in Analogie zum bestehenden Recht entscheiden muss.¹⁷⁾ Soweit er dabei die Wertentscheidungen der Grundrechtsnorm aufnehmen kann, so tut er dies aufgrund von Bundesrecht. Dasselbe gilt - mutatis mutandis -, wenn der Richter in kasuistischer Methode sogenannte Lücken intra legem gemäss Art. 4 ZGB füllt.

In diesem Zusammenhang ist zudem zu beachten, dass Art. 4 ZGB dem Richter die kasuistische Methode vorschreibt. Diese Norm will damit die "Individualisierung" des zu entscheidenden Falles erreichen.¹⁸⁾ Auch unter

15) BGE 105 Ib 53 und vorne S. 99.

16) Meier-Hayoz, in: Berner Kommentar, N 351 zu Art. 1 ZGB.

17) Meier-Hayoz, in: Berner Kommentar, N 346 zu Art. 1 ZGB.

18) Meier-Hayoz, in: Berner Kommentar, N 46 zu Art. 4 ZGB.

diesem Aspekt ist es nicht zulässig, wenn der kantonale Gesetzgeber hier generell-abstrakte Normen an Stelle der kasuistischen Methode verwendet.

Anordnungen der indirekten Einwirkung sind damit nur zulässig, wenn sie sich auf das kantonale Privatrecht beschränken. Dieses kann seinen Anwendungsbereich selbst bestimmen, solange es natürlich nicht mit dem Bundesrecht in Konflikt gerät. Der mögliche Anwendungsbereich ist offenkundig äusserst beschränkt, was eine generelle Normierung unzulässig macht.

2.7.2.3 Verwirklichung der Grundrechte als Auftrag an den Gesetzgeber

Die Normierung dieser Form der indirekten Drittwirkung muss als zulässig betrachtet werden, soweit aus dem Text hervorgeht, dass kantonale Verfassungen nur Pflichten für den kantonalen Gesetzgeber statuieren können. Im übrigen ist es eine Selbstverständlichkeit, dass der kantonale Gesetzgeber seine Wertentscheidungen an der Verfassung und damit auch an den Grundrechtsgarantien orientiert.

2.8 Die Anordnung der grundrechtskonformen Auslegung des öffentlichen Rechts

2.8.1 Fälle

AG 14 Abs. 1, JU 7 Abs. 1 und UR 15 verpflichten die gesamte Staatsgewalt, und damit auch den Anwender des öffentlichen Rechts zur Achtung der Grundrechte. Möglicherweise lassen sich auch BL 14 Abs. 1 und SO 20 Abs. 1 in diesem Sinne fruchtbar machen.

2.8.2 Rechtliche Geltung

Solche Bestimmungen können wiederum nur die Auslegung des kantonalen öffentlichen Rechts beeinflussen. Das öffentliche Recht des Bundes bestimmt seinen Anwendungsbereich selbst. Enthält dieses verfassungswidrige Entscheidungen, so kann der Gesetzesanwender nur dort korrigierend eingreifen, wo dies das Bundesrecht zulässt. Soweit das Bundesgericht etwa an Bundesgesetze und allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse sowie an die

von der Bundesversammlung genehmigten Staatsverträge aufgrund von Art. 113 Abs. 3 BV gebunden ist, gilt dies umsomehr für den kantonalen Gesetzesanwender.

Soweit eine Korrektur des Bundesrechts zulässig ist, geschieht dies wiederum von Bundesrechts wegen. Zulässig ist hingegen ohne Zweifel eine Anordnung an den kantonalen Gesetzesanwender hinsichtlich der Auslegung des kantonalen öffentlichen Rechts, soweit dieses nicht durch das Bundesrecht vorgegeben ist.

2.9 Sozialrechte

2.9.1 Fälle

Es wurden verschiedene Bestimmungen aufgefunden, welche direkt anspruchsbegründenden Charakter haben, so im Bildungswesen,¹⁾ im Bereich der Garantie des Existenzminimums²⁾ sowie im Bereich der Rechtspflege.³⁾ Zu erwähnen sind sodann die Sozial"rechte" programmatischen Inhalts, wie das "Recht" auf Arbeit und Wohnung.⁴⁾

2.9.2 Rechtliche Geltung

2.9.2.1 Sozialrecht im Bildungswesen und in der Rechtspflege

Den Kantonen kommt grundsätzlich die Kompetenz zu, über die Verwendung ihrer Einnahmen selbst zu bestimmen, soweit keine bundesrechtlichen Vorschriften bestehen. Desgleichen bestimmen sie den Zugang zu den eigenen staatlichen Anstalten grundsätzlich autonom.

1) Vgl. vorne S. 113 ff.

2) Vgl. vorne S. 116 f.

3) Vgl. vorne S. 115.

4) Vgl. vorne S. 110 ff.

Grenzen für die Statuierung von Sozialrechten ergeben sich zunächst daraus, dass das Ausmass der zugesicherten staatlichen Leistungen nicht bundesrechtlich vorgeschriebene Aufgaben beeinträchtigen darf. Auch darf das Ausmass der benötigten Gelder nicht zu einer konfiskatorischen Besteuerung führen.⁵⁾ Sodann ist das Gleichbehandlungsgebot zu beachten;⁶⁾ Subventionen müssen sich im Rahmen von Art. 31 ff. BV halten.⁷⁾

Bei der Regelung der Zulassung zu den gemeindeeigenen Anstalten ist die Gemeindeautonomie zu beachten, welche allerdings ihrerseits vom kantonalen Recht umschrieben wird.⁸⁾

Dies alles wird nicht in Frage gestellt, soweit die Kantone "kleine" Sozialrechte im Bildungswesen statuieren. Soweit sie dies in Übereinstimmung mit der Bundesverfassung tun, muss ihre Kompetenz nach den allgemeinen Grundsätzen verneint werden. Indessen sei auf die Argumentation im Bereich der wiederholenden Freiheitsrechte⁹⁾ verwiesen. Zulässig müssen kantonale Bestimmungen sein, welche die Unentgeltlichkeit des Schulbesuches konkretisieren und/oder erweitern.

Ähnliches gilt, soweit ein eigentliches "Recht auf Bildung" statuiert werden soll.

5) Vgl. etwa BGE 106 Ia 348, 105 Ia 139 ff.

6) Vgl. auch Art. 43 Abs. 4 und 60 BV sowie deren Anwendbarkeit im Rahmen der Zulassung zur Anstaltsbenützung: Visini, Die rechtliche Gleichbehandlung von Bürgern und Einwohnern anderer Gebietskörperschaften mit den eigenen Bürgern und Einwohnern, Diss. Zürich 1983, S. 84 ff. Auf eine Auseinandersetzung über das Verhältnis der genannten Bestimmungen zueinander soll hier verzichtet werden; vgl. dazu Visini, a.a.O., S. 43 ff.

7) Eingehend hinten S. 161 f.

8) Imboden/Rhinow, S. 67 ff., insb. S. 74 IV lit. b.

9) Vgl. vorne S. 144.

Unbedenklich sind auch kantonale Vorschriften, welche Ansprüche im Zusammenhang mit Zivil- und Strafprozessen zuweisen. Solche Ansprüche werden zwar grundsätzlich auch aus der Bundesverfassung abgeleitet,¹⁰⁾ da-selbst sind sie indessen nicht ausdrücklich normiert. Sodann ist die Regelung des Zivil- und Strafprozesses gemäss Art. 64 Abs. 3 resp. Art. 64bis Abs. 2 BV grundsätzlich eine kantonale Aufgabe. Die in diesem Zusammenhang gewährten Ansprüche sind m.E. mit dem Verfahren unabdingbar verbunden.

2.9.2.2 Existenzsicherung

Unproblematisch ist die Bestimmung des Art. 19 Abs. 4 der Zürcher Kantonsverfassung, soweit diese überhaupt den Charakter eines verfassungsmässigen Rechts hat.¹¹⁾ Dabei ist sie nicht als eigentliches "Sozialrecht" ausgestaltet, da sie keinen Anspruch auf staatliche Leistung beinhaltet. Im übrigen ist der Verzicht auf Steuern in diesem Bereich eine rein kantonale Angelegenheit. Diese Bestimmung kann sich jedoch nicht auf die Erhebung der Steuern des Bundes auswirken. Unproblematisch ist auch der Anspruch auf Fürsorge gemäss BL 16 Abs. 1.

Die Mindestlohnvorschrift in JU 19 Abs. 3 unterscheidet sich vom Anspruch auf Fürsorge. Sie richtet sich an den Arbeitgeber, sei es der Staat oder ein Privater. Vorab unproblematisch ist die Bestimmung, soweit sie den Staat verpflichtet. Die Zulässigkeit muss m.E. auch bejaht werden, soweit Private Anspruchsgegner sind. Diese Bestimmung verfolgt ein öffentliches Interesse sozialpolitischer Natur,¹²⁾ den Schutz vor Ausbeutung und Verarmung. Sie hält vor Art. 31 BV stand.¹³⁾

10) Vgl. vorne S. 28.

11) Vgl. vorne S. 116 f.

12) Der Bundesrat geht in der Botschaft über die Gewährleistung der Verfassung des künftigen Kantons Jura, S. 9 (BB1 1977, S. 272) möglicherweise davon aus, es handle sich um eine wirtschaftspolizeiliche Massnahme (Die Ausführungen bleiben allerdings unklar). Dem könnte ich im Rahmen des engen wirtschaftspolizeilichen Begriffs nicht zustimmen; die Frage wird offengelassen in BGE 80 I 164.

13) Vgl. zur Zulässigkeit von Eingriffen sozialpolitischer Natur vorne S. 84 ff., 90 f.

Auch unter Berücksichtigung von Art. 64 BV i.V. mit Art. 6 Abs. 1 ZGB ist die kantonale Kompetenz zu bejahen. Im übrigen liegt wohl ein Eingriff in die Privatautonomie vor; es kann aber nicht gesagt werden, dass "Sinn und Geist" des Bundeszivilrechts tangiert werden. So können auch in nach dem Obligationenrecht zulässige Gesamtarbeitsverträge Tarifbestimmungen aufgenommen werden,¹⁴⁾ welche durch die Allgemeinverbindlicherklärung¹⁵⁾ auch für nicht am Vertrag Beteiligte verbindlich sind.¹⁶⁾

Im Gegensatz zu den Normen der Basler "Volksinitiative für ein Gesetz zum Schutze der Arbeiter und Angestellten durch Sicherung existenzminimaler Lohn- und Gehaltsansätze", welche einen generellen Minimallohn von Fr. 2.-/Stunde (im Jahre 1953/4) vorsah und in BGE 80 I 155 ff. für unzulässig erklärt wurde, erscheint mir hier das Verhältnismässigkeitsprinzip gewahrt. Die vorliegende Formulierung ermöglicht die damals vermisste Differenzierung.¹⁷⁾ Das BGer hat sodann festgestellt, dass kantonale Tarifvorschriften nur bei Vorliegen besonderer Verhältnisse zulässig seien.¹⁸⁾ Soweit eine Mindestlohnvorschrift wie die vorliegende überhaupt notwendig ist, kann man m.E. das Vorliegen besonderer Verhältnisse bejahen. Damit liegt eine solche Vorschrift innerhalb der Kompetenz der Kantone und enthält auch keinen Widerspruch zum Bundesrecht.¹⁹⁾ Umso- mehr müssen analoge Gesetzgebungsaufträge gemäss BL 17 lit. b und SO 22 lit. a und d als zulässig erachtet werden.

14) Vgl. Rehbinden, Schweizerisches Arbeitsrecht, 6.A. Bern 1981, S. 167.

15) Im Rahmen des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen, SR 221.215.311.

16) Vgl. aber BGE 106 Ia 363 zum angemessenen Lohn im Verhältnis zur Vertragsfreiheit.

17) In BGE 80 I 164 wird die Verfassungsmässigkeit einer solchen Lösung offengelassen.

18) In BGE 85 I 25; bejaht bezüglich Anwaltstarifen: BGE 66 I 57; bezüglich Taxitarifen: BGE 79 I 340; bezüglich Höchstansätzen für Vermittlung von Wohn- und Geschäftsräumen: BGE 110 Ia 115; verneint in BGE 65 I 83/4, 70 I 235 ff. bezüglich Mäkler resp. Kommissionsvertrag.

19) Vgl. auch Borner, S. 472.

2.9.2.3 Recht auf Arbeit, Recht auf Wohnung

Auch wenn man solche Bestimmungen lediglich als - im Falle von JU 19 Abs. 1 resp. 22 Abs. 1 imperative - Aufforderung an den Staat zur Verwirklichung von Postulaten versteht, so ergibt sich einiges Konfliktpotential. Jedenfalls sind zur Verwirklichung dieser Postulate staatliche Förderungsmassnahmen in substantiellem Ausmass notwendig.²⁰⁾ Hindernisse ergeben sich auch im Hinblick auf die Finanzkraft,²¹⁾ das Verbot der konfiskatorischen Besteuerung²²⁾ sowie durch das in der jurassischen Verfassung vorgesehene Gebot der ökonomischen Arbeitsweise,²³⁾ welches auch in diesem Bereich nicht durchbrochen werden darf.²⁴⁾

Auch sind den Kantonen wirtschaftslenkende Massnahmen, jedenfalls, wenn sie die Handels- und Gewerbefreiheit beeinträchtigen, verboten.²⁵⁾ Nun wird grundsätzlich jede Massnahme, welche auf die Verwirklichung eines Rechts auf Arbeit oder eines Rechtes auf Wohnung gerichtet ist, eine Steuerung der Wirtschaft beinhalten. Gerade dies ist ja die Intention. Die Zulässigkeit ist eine Frage des Masses.²⁶⁾

Die kantonale Gesetzgebung darf sodann auch nicht die Wirkung einer interkantonalen Wettbewerbsverzerrung haben, indem sie etwa dem innerkantonalen Gewerbe höhere Belastungen zumutet, z.B. in Form von Steuern, Arbeitszeitverkürzungen u.ä.²⁷⁾ Die Kantone können auch nicht protektionistische Massnahmen zur Förderung des kantonalen Gewerbes

20) Vgl. Botschaft des Bundesrates über das Volksbegehren betreffend "Wirtschaftsreform und Rechte der Arbeit", BBl 1946 III, S. 832, 855, wo der Bundesrat annimmt, ein "Recht auf Arbeit" sei nur in einer verstaatlichten Wirtschaft denkbar; ebenso BBl 1946 II, S. 780.

21) Vgl. vorne S. 158.

22) Vgl. vorne S. 158.

23) Art. 123 JU.

24) Vgl. Journal officiel, Nr. 18, S. 18; Projet, S. 60.

25) Vgl. etwa BGE 104 Ia 198, 103 Ia 596; Nef, Förderung und Lenkung der Wirtschaft, in: Festschrift Hans Huber, Bern 1981, S. 421 f.; Gygi, Wirtschaftspolitik, S. 237.

26) Nef, zit. Anm. 25, S. 422.

27) Vgl. BGE 87 I 189; Huber, Vertragsfreiheit, S. 23.

anordnen.²⁸⁾ Im übrigen aber sind die Kantone im Bereich der wirtschaftsfördernden Massnahmen, welche sozialpolitischen Postulaten dienen, grundsätzlich kompetent. Hier liegen die geschilderten Parallelkompetenzen vor.²⁹⁾ Offensichtlich ist jedoch, dass den Kantonen kein weites Feld verbleibt, und es kann wohl angenommen werden, dass sie im Rahmen ihrer Kompetenzen kein "Recht auf Arbeit" und kein "Recht auf Wohnung" verwirklichen können.

Lediglich der Vollständigkeit halber sei noch angefügt, dass die Normierung solcher "Rechte" als eigentliche subjektive Ansprüche (selbst wenn die Normen justiziabel gestaltet werden könnte) jedenfalls ausserhalb des kantonalen Kompetenzbereiches liegt und auch im übrigen zu Normkonflikten mit dem Bundesrecht führen müsste. Solche Bestimmungen würden in jedem Falle unzulässige Eingriffe in die Handels- und Gewerbebefreiheit und in die Privatautonomie zur Folge haben - wobei solche Eingriffe in die Privatautonomie (etwa durch eine Verpflichtung, die Arbeitnehmer früher in Pension zu schicken) mit "Sinn und Geist" des Bundeszivilrechts kaum mehr in Einklang zu bringen wären.³⁰⁾

28) Gygi, Wirtschaftspolitik, S. 77, 100 ff.; vgl. auch BBl 1973 I, S. 1629, 1978 I, S. 1065.

29) Nef, zit. Anm. 25, S. 425 und vorne S. 128.

30) Vgl. die Überlegungen des Bundesgerichtes zur Unzulässigkeit einer kantonalen Verpflichtung zur Lohnzahlung an Feiertagen BGE 76 I 305 ff. und Deschenaux, in: Schweizerisches Privatrecht, Basel 1967, Band II, S. 31; Huber, in: Berner Kommentar, N 222 zu Art. 6 ZGB.

3. Praxis der Bundesversammlung bei der Überprüfung der Kantonalen Verfassungen

3.1 Vorbemerkung

Gemäss Art. 6 Abs. 1 BV sind die Kantone verpflichtet, "für ihre Verfassungen die Gewährleistung des Bundes nachzusuchen". Da allen hier als im Verhältnis zum Bundesrecht problematisch eingestuft KV-Normen die Gewährleistung erteilt wurde (soweit schon darüber zu befinden war), muss die Praxis der Bundesversammlung, welche gemäss Art. 85 Ziff. 7 BV für die Erteilung der Gewährleistung zuständig ist, einer grundsätzlichen Überprüfung unterzogen werden. Denn es ist nicht so - dies wurde bei verschiedenen Gelegenheiten festgestellt - dass die Bundesversammlung die Problematik dieser Bestimmungen nicht erkannt hätte oder grundsätzlich zu einer anderen Interpretation gekommen wäre. Es stellt sich deshalb die Frage, weshalb nicht eingegriffen wurde.

3.2 Grundlagen

Gemäss Art. 5 BV gewährleistet der Bund den Kantonen unter anderem ihre Verfassungen und übernimmt damit im Bedarfsfalle die Pflicht, zugunsten der missachteten Verfassung im Kanton zu intervenieren.¹⁾

Die Kantone andererseits haben beim Bund um die Gewährleistung nachzusuchen (Art. 6 Abs. 1 BV).²⁾ Der Bund erteilt diese Gewährleistung, sofern - neben anderen, hier nicht wesentlichen Voraussetzungen - die Kantonsverfassungen "nichts den Vorschriften der Bundesverfassung Zuwiderlaufendes enthalten" (Art. 6 Abs. 2 lit. a BV). Dabei ist nicht nur die Übereinstimmung mit der Bundesverfassung, sondern mit dem gesamten

1) Burckhardt, Kommentar, S. 71; Cereghetti, S. 41, 43.

2) Die Garantie i.S. von Art. 5 BV dürfte allerdings schon vor dem formellen Akt der Gewährleistung gelten, so Burckhardt, Kommentar, S. 71; offensichtlich anderer Meinung: Cereghetti, S. 45.

Bundesrecht erforderlich.³⁾ Insofern ist Art. 6 Abs. 2 lit. a BV ein Anwendungsfall des Grundsatzes "Bundesrecht bricht kantonales Recht", er bietet dem Bund ein Aufsichtsrecht zum Schutze der eigenen Kompetenzsphäre.⁴⁾

Die Aufgabe der Bundesversammlung in diesem Zusammenhang ist eine abstrakte, repressive, auf die Rechtskontrolle beschränkte Normenkontrolle. Repressiv ist die Kontrolle insofern, als sie einen gültigen und vollziehbaren Erlass betrifft: Die Kantonsverfassung ist mit ihrem Erlass und nicht erst mit der Genehmigung vollziehbar und gültig.⁵⁾ Die Gewährleistung hat damit rein deklaratorischen und nicht konstitutiven Charakter.⁶⁾ Es handelt sich um eine abstrakte Normenkontrolle, da die Übereinstimmung mit dem Bundesrecht generell und nicht im Hinblick auf die Entscheidung eines Einzelfalles unternommen wird. Es handelt sich sodann um eine reine Rechtskontrolle, die Genehmigung ist allein an die in Art. 6 BV genannten Bedingungen gebunden, politische Zweckmässigkeitsüberlegungen dürfen nicht angestellt werden.⁷⁾

3) So wohl die einhellige Doktrin: Burckhardt, Kommentar, S. 65; Cereghetti, S. 53 ff.; Aubert, Traité, Nr. 569; Gut, S. 12 ff.; ebenso der Bundesrat, BBl 1977 II, S. 270 sowie Amtl. Bull. SR 1977, S. 345.

4) Vgl. Cereghetti, S. 4 und vorne S. 139 f.

5) Vgl. Cereghetti, S. 32 ff., v.a. S. 37 f. (Allerdings nur soweit sie nicht dem Bundesrecht widerspricht. Letzteres ist aber nicht eine Folge der Gewährleistungspflicht, sondern liegt im Umstand begründet, dass bundesrechtswidriges kantonales Recht nie Gültigkeit erlangen kann. Dies übrigens auch dann nicht, wenn die Bundesversammlung die Gewährleistung erteilt hat). A.M. Gut, S. 11: Die Gewährleistung sei präventives Aufsichtsmittel; allerdings fehlt eine nähere Begründung. Präventive Elemente können allerdings bei Vorbehalten vorkommen, vgl. dazu hinten S. 167.

6) Aubert, Traité, Nr. 578; Burckhardt, Kommentar, S. 69; Fleiner/Giacometti, S. 133; Hotz, S. 198.

7) Cereghetti, S. 57 m.w.H.; v.a. bei der Gewährleistung der Verfassung des Kantons Jura wurde dies unermüdlich betont [vgl. Amtl. Bull. SR 1977, S. 345, 359 usf. sowie Amtl. Bull. NR 1977, S. 115, 118 usf.], um dann allerdings im Endeffekt doch politisch zu argumentieren. Noch klarer gehen die politischen Überlegungen allerdings aus den Verhandlungen der vorberatenden Kommissionen hervor.

Dabei kann es sich allerdings nur um eine summarische Prüfung - bezogen auf die Gegenwart - handeln;⁸⁾ ebenso wie beim abstrakten Normenkontrollverfahren des BGer können die möglichen Auswirkungen der zu überprüfenden Normen nie völlig überblickt werden.⁹⁾

Indessen scheint es mir doch zu weit zu gehen, wenn der Berichterstatter der Gewährleistungskommission in der Debatte zur Gewährleistung der KV Aargau erklärt: "Möglicherweise wird sich das Bundesgericht mit der Tragweite dieser Bestimmung (in casu § 7 Abs. 2, Anm. d. Verf.) eines Tages auseinandersetzen müssen, doch ist dies nicht die Sorge der Gewährleistungskommission".¹⁰⁾ Es liegt zwar nicht innerhalb der Möglichkeiten der Gewährleistungskommission (resp. der Bundesversammlung), dafür zu sorgen, dass wirklich nie etwas Rechtswidriges durch die Anwendung einer KV-Norm geschieht. Zweifellos kann die summarische Prüfung der Bundesversammlung nicht verhindern, dass sich das BGer - sofern dieses überhaupt die aktuelle Praxis ändert ¹¹⁾ - möglicherweise einmal mit der Frage der Bundesrechtmässigkeit dieser Bestimmung auseinandersetzen muss. Indessen trägt die Bundesversammlung doch die Sorge, künftige Rechtsverletzungen möglichst zu verhindern. Es ist ihre Aufgabe, das Risiko künftiger Verfassungsverletzungen so weit als möglich zu verkleinern.¹²⁾

Wenn das Risiko, dass eine KV-Norm verfassungswidrig angewendet wird, klar zu Tage tritt, so hat der Aufsichtsberechtigte auch im abstrakten Normenkontrollverfahren einzuschreiten, da er andernfalls einer verfassungswidrigen Norm den Rechtsschein der Gültigkeit belässt.¹³⁾ Dies wird an der gegenwärtigen Praxis zu illustrieren sein.

Die Gewährleistung der Kantonsverfassungen ist im übrigen jederzeit widerrufbar, sie erwächst nicht in Rechtskraft.¹⁴⁾

8) Cereghetti, S. 57; Hotz, S. 199 ff.

9) Vgl. etwa BGE 102 Ia 109.

10) Amtl. Bull. SR 1981, S. 415, linke Spalte.

11) S. hinten S. 175.

12) So auch N. Müller, S. 112, allgemein zur abstrakten Normenkontrolle.

13) So auch Cereghetti, S. 44.

14) Cereghetti, S. 69 f.; Burckhardt, Kommentar, S. 70; ebenso im abstrakten Normenkontrollverfahren des BGer: BGE 102 Ia 109.

3.3 Heutige Praxis, dargestellt an den Beispielen JU 14, 19, 22 und AG 7

3.3.1 Grundsätzliches

Zunächst darf festgestellt werden, dass die Gewährleistung von Kantonsverfassungen resp. einzelner Bestimmungen, früher weit mehr verweigert wurde als heute.¹⁾ Indessen gibt es bis in neuester Zeit Beispiele dafür, dass eine bestimmte KV-Norm nur unter einem Vorbehalt oder gar nicht gewährleistet wurde.²⁾

Ein Vorbehalt wurde dann angebracht, wenn vor dem Inkrafttreten der entsprechenden KV-Norm zuerst eine bundesrechtliche Regelung getroffen werden musste³⁾ oder wenn eine KV-Norm grundsätzlich als nicht eindeutig mit dem Bundesrecht vereinbar betrachtet wurde, nach Meinung der Bundesversammlung aber einer "verfassungskonformen Auslegung" zugänglich war.⁴⁾ Funktion und Zulässigkeit eines solchen Vorbehaltes der verfassungskonformen Auslegung sind allerdings nicht ganz unumstritten.⁵⁾ So hat namentlich Cereghetti darauf aufmerksam gemacht, dass ein Vorbehalt der verfassungskonformen Auslegung als präventive aufsichtsrechtliche Weisung wenig mit dem System der grundsätzlich repressiven Aufsicht im Rahmen von Art. 6 BV zusammenpasst.⁶⁾

1) Vgl. Aubert, Traité, Nr. 582 und die Zusammenstellung bei Gut, S. 38 ff.; Cereghetti, S. 101 ff.

2) Vgl. etwa bezüglich Art. 138 JU (sog. Wiedervereinigungsartikel): Ablehnung in Amtl. Bull. SR 1977, S. 348 und 368; Amtl. Bull. NR 1977, S. 1114 und 1157.

3) So die gesamte KV Jura unter dem Vorbehalt der Änderung von Art. 1 und 80 BV, vgl. BB1 1977 II, S. 279.

4) Der Vorbehalt der verfassungskonformen Auslegung findet sich auch bei der KV JU, wenn auch nicht im Beschluss, vgl. Amtl. Bull. SR 1977, S. 348, Amtl. Bull. NR 1977, S. 1117. Ausdrücklicher Vorbehalt im Beispiel bei Aubert, Traité, Suppl. Nr. 580; w.H. bei Cereghetti, S. 84, 89 ff. Vgl. auch Hotz, S. 197 f.

5) Vgl. zum Ganzen Cereghetti, S. 84 ff.

6) Vgl. Cereghetti, S. 90, 98 f. Die Bedeutung dieses Vorbehalts liege denn auch mehr auf der politischen als auf der rechtlichen Ebene. Ebenso Votum Furgler, Amtl. Bull. SR 1977, S. 362.

Indes ist diese Vorbehaltspraxis derart eingelebt, dass sich eine grundsätzliche Erörterung der Zulässigkeit an sich wenig lohnt. Am Beispiel einiger als problematisch eingestuften KV-Normen müssen allerdings die Grenzen eines solchen Vorbehaltes aufgezeigt werden.

3.3.2 Die verfassungskonforme resp. bundesrechtskonforme Auslegung von JU 14, 19, 22 und AG 7

3.3.2.1 Problematik der Anlehnung an die Praxis des BGer

JU 14, 19 und 22 wurden (wie generell JU 1-137) nur unter dem Vorbehalt der verfassungskonformen Auslegung gewährleistet, wobei dieser Zusatz nicht ausdrücklich in den Beschluss aufgenommen wurde.¹⁾ Die Problematik dieser wie auch anderer Bestimmungen der jurassischen Verfassung wurde wohl erkannt.²⁾ Ebenso verhielt es sich bei AG 7,³⁾ wo allerdings auf einen Vorbehalt überhaupt verzichtet wurde. In beiden Fällen wurde jedoch argumentiert, dass nämlich diese Bestimmungen einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich seien, und solange dies möglich sei, rechtfertige es sich nicht, die Gewährleistung zu versagen.⁴⁾ Dabei bezogen sich die Votanten auf die ständige Praxis des BGer bei der abstrakten Normenkontrolle.⁵⁾

Wenn das BGer bei der abstrakten Normenkontrolle kantonaler Gesetze von einer Feststellung der Nichtigkeit absieht, so tut es dies vor allem im Hinblick darauf, das der Bürger die Verfassungswidrigkeit anlässlich der Anwendung im Einzelfall erneut geltend machen kann.⁶⁾

1) Nachweise s. vorne Anm. 4.

2) Vgl. etwa Amtl. Bull. SR 1977, S. 347, 355, 363; Amtl. Bull. NR 1977 S. 1116, 119, 1138, 1156 usf.

3) Amtl. Bull. SR 1981, S. 415, 416; Amtl. Bull. NR 1981, S. 1645, 1647.

4) Nachweise vgl. vorne Anm. 2,3.

5) Vgl. den in der Debatte verschiedentlich zitierten BGE 102 Ia 109.

6) BGE 102 Ia 109 m.w.H.; dazu und zu weiteren Elementen Häfelin, Verfassungskonforme Auslegung, S. 241 ff.

Der Bürger läuft damit - sofern er den Rechtsweg erneut ergreifen will und kann - keine Gefahr, durch die betreffende Norm in seinen Rechten verletzt zu werden.

Anders verhält es sich im Fall der verfassungswidrigen Anwendung einer KV-Vorschrift. Das BGer lehnt es in konstanter Praxis ab, eine von der Bundesversammlung gewährleistete KV-Vorschrift noch einmal zu überprüfen,⁷⁾ es sei denn, es gehe um die Prüfung der Übereinstimmung mit zur Zeit der Gewährleistung noch nicht bestehendem übergeordneten Recht (BGE 111 Ia S. 241 f.).

Der Bürger kann nach geltender Praxis in vielen Fällen seine Rechte also alleine damit schützen, indem er den Widerruf des Gewährleistungsbeschlusses erwirkt. Hier steht dem Bürger aber kein förmliches Rechtsmittel zu,⁸⁾ dieser Weg ist praktisch - weil umständlich und auch zuwenig aussichtsreich⁹⁾ - kaum durchführbar.¹⁰⁾ Nicht nur unter diesem Gesichtspunkt ist die Berufung der Bundesversammlung auf die Praxis des BGer nicht unproblematisch, sondern auch wenn man sich die grundsätzlich verschiedenen Funktionen des BGer und der Bundesversammlung im konkreten Zusammenhang vor Augen führt. Erschöpft sich die Funktion des BGer - auch im abstrakten Normenkontrollverfahren - im Rechtsschutz des einzelnen Bürgers,¹¹⁾ so übernimmt die Bundesversammlung zusätzlich die Garantie, d.h. den Schutz der entsprechenden Verfassungsbestimmung.¹²⁾ Aufgrund dieser Unterschiede bedürfte eine analoge Anwendung der BGer-Praxis also zumindest einer einlässlichen Begründung, die sich weder in der Botschaft des Bundesrates noch in den Debatten in den Räten findet.

7) BGE 104 Ia 215 ff.; akzessorische Prüfung: BGE 83 I 182 f.; bis BGE 17, S. 630 allerdings andere Praxis; vgl. etwa BGE 1, S. 132, 273. Vgl. aber hinten S. 175.

8) Vgl. aber den Fall Mordasini: Aubert, Traité, Nr. 570, Anm. 3.

9) Ausser dem in Anm. 8 genannten ist kein weiterer Fall bekannt.

10) Marti, Nr. 147.

11) Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV.

12) Vgl. auch Cereghetti, S. 124.

3.3.2.2 Vergleich mit der Praxis des BGer

Die verfassungskonforme Auslegung findet sich in der Praxis des BGer zunächst einmal in der Funktion einer "Vorzugsregel",¹³⁾ resp. als "Kollisionsregel":¹⁴⁾ "Bundesgesetze sind verfassungskonform auszu-legen, sofern nicht der klare Wortlaut oder der Sinn des Gesetzes etwas anderes gebietet".¹⁵⁾ Sind nach anerkannten Auslegungsregeln ver-schiedene Resultate möglich, so ist dasjenige zu wählen, welches der Verfassung entspricht.¹⁶⁾ Sodann findet sich die verfassungskonforme Auslegung als Erkenntnismittel, d.h. "der Inhalt der fallentscheidenden Norm wird unter Einbezug des Inhalts der Verfassungsnorm und in Überein-stimmung mit dem Verfassungsrecht festgelegt".¹⁷⁾

Im vorliegenden Zusammenhang ist jedoch u.a. die Funktion der verfas-sungskonformen Auslegung als Einschränkung richterlicher Überprüfung, d.h. die verfassungskonforme Auslegung als Normerhaltungsmittel rele-vant.¹⁸⁾ Im Sinne eines "judicial restraint" hebt das BGer im Ver-fahren der abstrakten Normenkontrolle "die angefochtene kantonale Bestim-mung nur auf, wenn sie sich jeder verfassungskonformen Auslegung ent-zieht, nicht jedoch, wenn sie einer solchen in vertretbarer Weise zugäng-lich ist".¹⁹⁾ Diesem Motiv des "judicial restraint" liegt auch der Praxis der Bundesversammlung zugrunde, wenn der Sprecher der Gewährlei-stungskommission, der heutige Bundesrat Pierre Aubert, erklärt:

"Pour l'interprétation de ces dispositions, la commission a décidé d'adopter le critère le plus large possible, conformément à la pratique suivie ces dernières années par les autorités fédérales et le Tribunal fédéral. On se réfère en particulier au dernier arrêt du Tribunal

13) Campiche, S. 3.

14) N. Müller, S. 90.

15) BGE 102 IV 155.

16) BGE 105 Ib 53, s. auch Häfelin, Verfassungskonforme Auslegung, S. 244.

17) Campiche, S. 5; N. Müller, S. 89.

18) Vgl. Campiche, S. 40; N. Müller, S. 90; Häfelin, Verfassungskonforme Auslegung, S. 242 f.

19) BGE 102 Ia 109.

fédéral paru au Recueil officiel, tome 102, première partie, lettre a, page 209 (recte: 109, Anm. des Verfassers), déjà cité la semaine dernière à propos de la modification de la constitution de Bâle-Campagne et qui dispose qu'une disposition cantonale ne peut être annulée que si elle ne laisse place à aucune interprétation conforme à la constitution fédérale ou à d'autres dispositions du droit fédéral. En d'autres termes, la commission a adopté, pour règle, d'accorder la garantie à toutes les dispositions de la constitution jurassienne qui, dans la pratique, pourraient s'appliquer au moins à un cas sans violer le droit fédéral." ²⁰⁾

Das BGer wird hier aber nicht nur unvollständig zitiert, sondern es sind m.E. auch die daraus gezogenen Schlüsse falsch. Denn etwas weiter unten heisst es im angeführten BGer-Entscheid: "Erscheint eine generell-abstrakte Regelung bezogen auf normale Verhältnisse, wie sie vom Gesetzgeber zugrunde gelegt werden durften, als verfassungsrechtlich haltbar, so vermag die ungewisse Möglichkeit, dass sie sich in besonders gelagerten Einzelfällen als verfassungswidrig auswirken könnte, ein Eingreifen des Verfassungsrichters im Stadium der abstrakten Normenkontrolle im allgemeinen noch nicht zu rechtfertigen, vor allem dann nicht, wenn im fraglichen Sachbereich die Möglichkeit der späteren konkreten Normenkontrolle den Betroffenen einen hinreichenden Schutz bietet."

Dass die letztgenannte Möglichkeit nicht gegeben ist, wurde schon dargelegt. ²¹⁾ Aus dieser Rechtsprechung geht im übrigen klar hervor, dass das BGer eine kantonale Norm nur dann nicht aufhebt, wenn es lediglich in "besonders gelagerten Einzelfällen" zu einer verfassungswidrigen Anwendung kommen kann.

Damit sind die in der Literatur immer wieder gezogenen Grenzen der verfassungskonformen Auslegung angesprochen.

20) Amtl.Bull. SR 1977, S. 346; vgl. auch Votum Furgler, Amtl. Bull. SR 1977, S. 363 ff.; Schär, Amtl.Bull. NR, S. 116; Christinat, Amtl.Bull. NR 1981, S. 1645 und auch die grundsätzliche Debatte bez. Art. 48ter aBL in Amtl. Bull. SR 1977, S. 343 ff.

21) Vgl. vorne S. 168.

3.3.2.3 Grenzen der verfassungskonformen Auslegung bei der abstrakten Normenkontrolle

Zunächst darf die verfassungskonforme Auslegung ganz generell – auch im konkreten Normenkontrollverfahren – nicht dazu benutzt werden, den klaren Wortlaut oder Sinn einer Bestimmung zu korrigieren. Der durch Anwendung der anerkannten Auslegungsregeln aufgefundene klare Sinn darf nicht mittels der verfassungskonformen Auslegung abgeändert werden; erweist sich die Norm im Rahmen der Auslegung als verfassungswidrig, so darf ihr nicht ein rechtmässiger Sinn unterschoben werden.²²⁾

Eine Norm darf nur dann aufrecht erhalten werden, wenn im Rahmen der anerkannten Auslegungsregeln mindestens die Möglichkeit der verfassungskonformen Auslegung besteht. Insofern ist es m.E. unakzeptabel, wenn der Bundesrat erklärt: "So lässt es sich rechtfertigen, alle jene jurassischen Verfassungsbestimmungen zu gewährleisten, für die – nötigenfalls (Hervorhebung vom Verfasser) nach anerkannten Auslegungsregeln – wenigstens ein (kursiv im Text) praktischer Anwendungsfall denkbar ist, der Bundesrecht nicht verletzt".²³⁾

Das Wort nötigenfalls hat hier überhaupt keine Berechtigung.

Vor allem im abstrakten Normenkontrollverfahren darf die oben genannte Praxis nicht dazu führen, "dass dem Gesetzgeber dadurch ein grösserer Spielraum beim Erlass von Gesetzen und Generalklauseln gewährt wird".²⁴⁾

22) Vgl. Häfelin, Verfassungskonforme Auslegung, S. 252; Campiche, S. 39 f.; Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, Rechenschaftsbericht an den Kantonsrat 1968, Nr. 53.

23) Botschaft über die Gewährleistung der Verfassung des künftigen Kantons Jura, S. 10 (=BB1 1977 II, S. 273).

24) Th. Fleiner: Rechtsgutachten, S. 203, allerdings im Zusammenhang mit der präventiven Kontrolle; dies gilt aber ebenso bei der repressiven Kontrolle; vgl. auch Campiche, S. 78, 88, 97 ff. Andere Autoren bestreiten die Zulässigkeit der verfassungskonformen Auslegung im abstrakten Normenkontrollverfahren überhaupt, s. Hinweise bei Campiche, S. 97.

Die Möglichkeit der verfassungskonformen Auslegung ist allerdings kein hinreichender Grund, eine problematische KV-Norm aufrechtzuerhalten.²⁵⁾ So hat das BGer in BGE 81 I 132 f. trotz der Möglichkeit der verfassungskonformen Auslegung eine kantonale Gesetzesnorm aufgehoben, da es das Risiko einer Verfassungsverletzung als zu gross betrachtete.²⁶⁾

Allenfalls müssen die durch die Anwendung der verschiedenen Auslegungsregeln gefundenen Deutungsmöglichkeiten mehrheitlich eine verfassungskonforme Auslegung zulassen.²⁷⁾ Jedenfalls muss das Risiko einer zukünftigen verfassungswidrigen Auslegung abgeschätzt werden: "Entscheidend ist, ob hinreichende Sicherheit besteht, dass eine fragliche Norm inskünftig in einer verfassungskonformen Auslegung angewendet werden wird".²⁸⁾

Der Umstand, dass zum Zeitpunkt einer abstrakten Normenkontrolle noch kein konkreter Anwendungsfall vorliegt, darf nicht zu einer reinen Scheinprüfung führen.

So führt das BGer in BGE 106 Ia 137 f. aus: "Der Gesetzgeber ist aber seinerseits von Verfassungen wegen verpflichtet, bei der Suche nach einer sachgerechten Lösung der zu regelnden Verhältnisse in grundrechtsrelevanten Bereichen mitzuberücksichtigen, unter welchen Umständen die betreffende Norm zur Anwendung gelangen wird und wie der Rechtsschutz gegen mögliche Grundrechtsverletzungen ausgestaltet ist; in diesem Zusammenhang ist auch die Natur und Bedeutung der allenfalls betroffenen Rechte des Gesetzesadressaten und die Schwere der möglichen Verletzung zu beachten. Im Rahmen der Verfassungsprüfung eines Erlasses im abstrakten Normenkontrollverfahren hat der Richter daher die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung nicht nur abstrakt zu untersuchen, sondern auch die

25) N. Müller, S. 27, 107.

26) So auch N. Müller, S. 25.

27) Vgl. Campiche, S. 101; kritisch und differenziert: N. Müller, S. 118.

28) N. Müller, S. 118 m.w.H.

Wahrscheinlichkeit verfassungstreuer Anwendung miteinzubeziehen (...). Es lässt sich nicht rechtfertigen, eine Norm bestehen zu lassen, wenn anzunehmen ist, dass sie in der vorliegenden Fassung zu Verfassungsverletzungen führen wird."

Das Risiko einer zukünftigen bundesrechtswidrigen Interpretation ist auch im Hinblick auf die Gesetzesadressaten zu untersuchen.²⁹⁾ Die Vermutung der Verfassungstreue des kantonalen Gesetzgebers hilft jedoch nicht.³⁰⁾

3.3.3 Fazit

Es wurde vorne dargestellt, dass nach der in dieser Arbeit befürworteten Auslegungsmethode jedenfalls AG 7 Abs. 2 (und allenfalls JU 14 Abs. 2) bundesrechtswidrig ist, und dass die Ausführung von JU 19 Abs. 1 und 22 Abs. 1 wohl nur durch Verstösse gegen das Bundesrecht möglich wäre.

In den dargestellten Grenzen sind diese Normen m.E. einer verfassungskonformen Auslegung nicht zugänglich. Man könnte allerdings eine andere Auslegungsmethode als die hier befürwortete wählen. Mittels einer subjektiv-historischen Auslegung liesse sich allenfalls an das gewünschte Ziel, diese Normen im Sinne einer verfassungskonformen Auslegung in den dargelegten Grenzen die Gewährleistung zu erteilen, jedenfalls erreichen: Indem man etwa JU 19 Abs. 1 sowie 22 Abs. 1 als rein deklaratorische Zielbestimmungen interpretiert hätte. Es bestehen zwar erhebliche Bedenken gegen eine solche Interpretation, nach der geltenden Rechtsprechung ist sie aber immerhin nicht ausgeschlossen.

29) Vgl. J.P. Müller, Grundrechtstheorie, S. 71; N. Müller, S. 135.

30) N. Müller, S. 99 m.w.H.

Allein, diesen Bestimmungen eine solche Deutung zu geben, wurde nicht einmal versucht: Sowohl in der Botschaft des Bundesrates wie auch in der Debatte der Bundesversammlung wurden diese Bestimmungen offensichtlich als verbindliche Rechtsnormen angesehen, und man hat sie wenigstens in einigen Voten in der dargelegten Art auf ihre Bundesrechtsmässigkeit überprüft, was wohl nicht nötig gewesen wäre, hätte man sie für unverbindlich angesehen. Allein im Zusammenhang mit der Präambel - dort wurde ausdrücklich darauf hingewiesen - wurde von rechtlich unverbindlichen Programmsätzen gesprochen.³¹⁾

Das Problem der angewendeten verfassungskonformen Auslegung zeigt sich im Bereich der Anordnungen der Drittwirkung in besonderer Schärfe: Man kann m.E. solche Normen nicht schon deswegen gewährleisten, weil sie in einem ganz kleinen Bereich - wo sie auf die Auslegung des kantonalen Privatrechts einwirken oder allenfalls dieses selbst korrigieren - als rechtmässig zu erachten sind. Will der Bundesrat sodann die Bestimmungen über das "Recht" auf Arbeit resp. Wohnung einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich erachten, so setzt er sich mit sich selbst in Widerspruch: Im Zusammenhang mit den beiden Initiativen, mit welchen in ganz ähnlicher Formulierung solche Rechte in der Bundesverfassung hätten verankert werden sollen, hiess es etwa, solches sei nur mit "erheblichen Eingriffen in unsere Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung" durchsetzbar,³²⁾ resp. dass "deren Verwirklichung tiefgreifende Veränderungen der Struktur von Staat und Wirtschaft zur Folge hätte, die mit dem Wesen unseres Staates nicht vereinbar" wären.³³⁾

31) Amtl. Bull. SR 1977, S. 346; Amtl. Bull. NR 1977, S. 1116.

32) BBl 1969 II, S. 899 zum "Recht auf Wohnung".

33) BBl 1946 II, S. 798 zum "Recht auf Arbeit"; vgl. auch daselbst S. 787 sowie BBl 1946 III, S. 832, zum Volksbegehren betreffend "Wirtschaftsreform und Rechte der Arbeit".

Nun sollen die Ausführungen im Gewährleistungsverfahren zu diesen Normen nur als Beispiele dienen. Analoge Probleme, wenn auch nicht in derselben Intensität, wurden bei anderen kantonalen Normen aufgefunden. Dabei sei nicht verkannt, dass der Bund im Verkehr mit den Kantonen grundsätzlich Zurückhaltung üben soll, gerade wenn es um die Behandlung von so zentralen Normen, wie sie sich in der Verfassung finden, geht. Indessen kann das Argument der Gleichbehandlung - wonach das, was bei anderen Kantonen als Folge der Entwicklung hingenommen werde, man einem Kanton, dessen ganze Verfassung zu gewährleisten sei, nicht verwehren dürfe ³⁴⁾ - gerade in den vorliegend diskutierten Fällen nicht zutreffen.

Es ist deshalb zu wünschen, dass die Bundesversammlung zu ihrer früheren, schärferen Gewährleistungspraxis zurückkehrt. Sie erweist m.E. auch den Kantonen mit der heutigen Praxis keinen guten Dienst, indem sie die Grenzen dessen, was rechtlich zulässig ist, verwischt. Diese Praxis zeigt sodann, dass gute Gründe für eine Rückkehr des Bundesgerichtes zur früheren Praxis, die kantonalen Verfassungsnormen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Bundesrecht zu überprüfen, bestehen. Dies wird von der Lehre seit langem gefordert. ³⁵⁾

Den daselbst angeführten Argumenten ist nichts beizufügen.

Die Stellungnahmen in der Lehre haben insofern Wirkung erzeugt, als das BGer in einem neuesten Entscheid ³⁶⁾ offenlässt, ob die bisherige Rechtsprechung "aufgrund dieser nahezu einhelligen und sachlich gewichtigen Kritik generell zu überprüfen" sei, dann aber feststellt, eine Überprüfung habe jeweils dann zu erfolgen, wenn das übergeordnete Recht zum Zeitpunkt der Gewährleistung noch nicht in Kraft war.

34) So der Bundesrat in BB1 1977 II, S. 271; vgl. Hotz, S. 200.

35) Vgl. etwa (in aller Schärfe) Auer, Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, Basel und Frankfurt am Main 1984, (übersetzt von Nanni Rojas), S. 156 ff. mit Hinweisen.

36) BGE 111 Ia 241 f.

ZUSAMMENFASSUNG UND SCHLUSSWORT

Im ersten Kapitel wurde versucht zu zeigen, wie sich die Grundrechtsnormen des Bundes und der Kantone unter gegenseitiger Beeinflussung weiterentwickelt haben.

Im zweiten Kapitel konnte aufgezeigt werden, wie sich ein immer dichteres Netz von Grundrechtsverbürgungen entwickelt hat. Dieses Netz ist im Bereich der Abwehrrechte fast lückenlos geworden. Insgesamt ist der Raum für neue Entwicklungen auf Kantonsebene eng geworden.

Im dritten Kapitel wurde dargestellt, welche Grenzen die Kantone zu beachten haben. Während die Frage, ob eine Drittwirkung oder Sozialrechte zu statuieren sind, auf Bundesebene m.E. in der politischen Auseinandersetzung zu beantworten ist, haben die Kantone in diesem Bereich bestehende rechtliche Schranken zu beachten. Nicht alle neueren Kodifikationen haben diesem Umstand genügend Rechnung getragen. Sie mögen sich im übrigen an den Vorarbeiten für die Revision der Bundesverfassung orientiert haben. Ganz abgesehen davon, dass diese Revision in weiter Ferne liegt, kann es in den angeführten Bereichen nicht genügen, kantonale Rechtsnormen in Übereinstimmung mit der Bundesverfassung zu normieren.

Eine Rückbesinnung auf den kantonalen Kompetenzbereich erscheint mir im übrigen auch deswegen sinnvoll, weil nicht durchsetzbare Rechtsnormen die ansonsten vorbildlich klaren und detaillierten Grundrechtskataloge nur verwässern.

Lebenslauf

- | | |
|-----------|---|
| 1954 | Geboren in Zürich |
| 1965-1974 | Mittelschule im Kollegium Stella Matutina in
Feldkirch/Österreich |
| 1975-1982 | Studium an der Rechts- und staatswissenschaftlichen
Fakultät in Zürich |
| 1983/84 | Praktikum am Bezirksgericht Zürich |
| 1984-1986 | Gerichtssekretär am Bezirksgericht Zürich |
| 1985 | Rechtsanwaltspatent |
| 1986/87 | Queen Mary College, University of London |

